

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
LICITATION
EN DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 21 décembre 1901, à 10 h.

PAR

ANDRÉ VACHEROT

Président : M. WEISS.

Suffragants } MM. PIÉDELIEVRE, professeur.
A. COLIN, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
LICITATION
EN DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le samedi 21 décembre 1901, à 10 heures



PAR

ANDRÉ VACHEROT

Président : M. WEISS.

Suffragants { MM. PIÉDELIÈVRE, professeur
A. COLIN, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA LICITATION

EN DROIT CIVIL

DÉFINITION. — ORIGINES

La licitation est la vente aux enchères d'un bien indivis. C'est un moyen d'arriver à la répartition entre les communistes d'une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée, ou tout au moins de former autant de parts qu'il y a d'ayants droit. C'est donc un mode de partage, le partage en équivalent, destiné à suppléer le partage en nature quand celui-ci n'est pas possible. Tel est du moins le sens qu'on donne à ce mot aujourd'hui, mais il a dû avoir au début une signification beaucoup plus large, car le terme latin dont il est tiré veut dire *vente aux enchères*. On a donc considérablement restreint son sens primitif. Quoi qu'il en soit, cette modification était déjà faite dans l'ancien droit (1).

La licitation était connue des Romains : on a cru pouvoir en trouver les principes dans la loi des XII

(1) Pothier, *De la vente*, n° 515.

Tables et l'Edit Perpétuel ; elle est, en tous cas, étudiée ou citée dans de nombreux textes, dans le Digeste et dans le Code, aux titres *Familiae erciscundae* et *Communi dividundo*. On peut se rendre compte, par l'examen de ces différents textes, que les Romains se faisaient de la licitation une idée sensiblement analogue à celle que nous en avons de nos jours (1).

De même, les règles auxquelles nous l'avons soumise lui étaient déjà, en grande partie, appliquées. C'est ainsi qu'elle avait lieu, non seulement entre cohéritiers, mais entre tous communistes, de quelque façon que fût née l'indivision (2). Les étrangers pouvaient y être admis (3), mais pas d'une façon générale comme dans notre droit. Enfin, on y recourait lorsque la chose commune ne pouvait se partager commodément (4). Comme aujourd'hui, il n'était pas nécessaire qu'il y eût impossibilité physique de partager, il suffisait que le partage ne pût avoir lieu sans entraîner de l'incommodité ou un préjudice à l'égard d'un ou de quelques-uns des communistes (*commode... sine cujusquam injuria...*).

(1) Loi 1, *Comm. divid.*, Code : *Communi dividundo judicio consiste, et ea actione, universum prædium, si licitatione viceris, consequeris ; quod si divisio prædii, sine cujusquam injuria, commode fieri potuerit portionem suis finibus tibi adjudicatam possidebis.*

(2) Dig., *Comm. divid.*, loi 2.

(3) Code, *Comm. divid.*, loi 3.

(4) Code, loi 1 : *Si divisio prædii, sine cujusquam injuria, commode fieri potuerit.* — *Id.*, loi 3 : *Cum commode dividi aliquis ager inter socios non potest. Institutes, De off. jud., § 5 : Si divisio tam difficilis sit, ut pars impossibilis videatur.*

La propriété était transférée au profit du communiste dernier enchérisseur par le juge, qui, en cette occasion, jouissait de ce pouvoir. Le juge de l'action en partage avait en effet à sa disposition l'*adjudicatio*, pour transférer la propriété, et la *condemnatio* pour prononcer des condamnations pécuniaires. Si le fond était partageable en nature, il formait les lots et les distribuait; au cas contraire, il recourait au partage avec soulte ou à la licitation. Mais on s'est demandé, comment, dans ce dernier cas, il pouvait opérer le transfert de propriété au profit de l'adjudicataire lorsque celui-ci était un étranger, car le juge n'avait l'*adjudicatio* qu'à l'égard des communistes. Des auteurs ont pensé (1) que l'on recourait alors à une *in jure cessio* devant le magistrat. On sait que les Romains ont plus d'une fois recouru à cet expédient pour faire produire des résultats juridiques à des actes que ne sanctionnait pas encore le droit civil; il semble d'ailleurs qu'on puisse trouver dans les textes une trace de cet usage en notre matière (2).

Les règles posées pour la licitation par le droit romain ont été, pour la plupart, conservées par notre ancien droit. On y trouve, chez tous les auteurs (3), la

(1) Labbé, *De la garantie*, p. 67; Pellat, *De la dot*, p. 409.

(2) Dig., loi 78, § 4, liv. XXIII, t. 3. Ce texte parle de *fundus adjudicatus* quand l'adjudication a lieu au profit d'un communiste, et de *fundus addictus* quand l'adjudication a lieu en faveur d'un étranger. Or l'*addictio* avait lieu devant le magistrat.

(3) Dumoulin, *Ancienne coutume de Paris*, commentaire sur l'arti-

preuve que la licitation était un mode de partage, et que l'on n'y recourait que lorsque la distribution en nature était impossible ou trop difficile. Lorsque les communistes étaient en désaccord sur la façon de procéder à la répartition, l'usage constant des tribunaux était d'ordonner une expertise et de se conformer au résultat qu'elle donnait.

Conservée par notre ancien droit, la licitation a passé dans nos Codes. Les textes qui la régissent sont, au Code civil, les articles 1686-1688, au titre de la vente : 827, 838 et suiv. ; au titre des successions et au Code de procédure civile, les articles 972 et suiv., 984 et suiv.

L'article 1686 dispose : « Si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte, ou si, dans un partage fait de gré à gré, de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre, la vente

de 22, n° 70 ; article 80 de la coutume de Paris, commenté par de Ferrière, *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris*, p. 160, 161 ; Guyot, *Institutes féodales*, chap. XV, *De la licitation* : « La licitation est un mode de partager les indivisibles, j'entends les indivisibles moralement, non physiquement. Ce mode de partage nous est venu des Romains ». Guyot, *Traité des fiefs, Des licitations*, chap. III, sect. I : « La licitation est un partage où les portions se distribuent à chacun en argent, au lieu de se distribuer en nature ». Guyot, *Traité des matières féodales*, observations sur les licitations, chap. II, n° 13 : « De l'action en partage naissent deux façons de partager, l'une en nature, l'autre par licitation » ; Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. 1, n°s 30-36 ; Pothier, *De la vente*, n°s 515 et 637-645 ; Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, chap. des lods, § 9, *Partage et transaction*, n° 5.

s'en fait aux enchères et le prix en est partagé entre les copropriétaires. » Le Code reproduit littéralement les termes employés par les lois romaines : « Si une chose... ne peut être partagée *commodément et sans perte*... » « *Si divisio pradii, sine cujusquam injuria, commodè fieri potuerit*... » Le législateur avait à choisir entre deux principes inconciliables : l'un, qu'un propriétaire ne peut être contraint de convertir ses biens en argent (1) ; l'autre, que nul ne peut être forcé de rester dans l'indivision, règle également d'origine romaine (2). En face de cette contradiction, il était nécessaire d'opter entre les deux principes, on convint que c'était le premier qu'il fallait faire fléchir. Si, en effet, c'est chose grave que d'apporter une restriction au droit de propriété, cela présente certainement moins d'inconvénients que de forcer un copropriétaire à rester éternellement dans l'indivision, car cela reviendrait à créer une mine inépuisable de procès. L'indivision a, en outre, le défaut d'être un obstacle à la libre circulation des biens et au développement des transactions.

(1) L. 11, Cod. *De cont. empt.*

(2) L. 5, Cod. *Com. divid.*

PREMIÈRE PARTIE

CONDITIONS DE LA LICITATION

CHAPITRE PREMIER

DES PERSONNES QUI DEMANDENT LA LICITATION.

SECTION I. — **Qui peut demander la licitation.**

Les règles à observer ici sont les mêmes que celles qui sont posées en matière de partage. Les deux institutions se touchent d'ailleurs de très près ; elles ont toutes deux le même but : la cessation de l'indivision ; de plus, la seconde est souvent une conséquence forcée de la première. On comprend donc que le droit d'en user soit accordé aux mêmes personnes.

Sur beaucoup d'autres points, d'ailleurs, nous verrons que les règles applicables à l'une le sont également à l'autre, mais nous aurons aussi, à plusieurs reprises l'occasion de constater que, dans bien des cas, la licitation jouit de dispositions qui lui sont propres.

Il faut donc poser comme principes que peuvent demander la licitation les personnes qui sont en droit de demander le partage, et cela aux mêmes conditions (1).

Ainsi le droit de demander la licitation appartient à tout copropriétaire d'une chose indivise (art. 815, C. civ., 1^{er} al.).

De même, ce droit, comme celui de provoquer le partage, est un droit d'ordre public : d'où ces deux conséquences qu'on ne peut pas y déroger, et qu'il est imprescriptible.

a) On ne peut y déroger, cela résulte de l'article 6 du Code civil. On a donc toujours le droit de sortir de l'indivision par voie de partage ou de licitation, même si l'on y avait formellement renoncé. Cependant l'article 815, 2^e alinéa, apporte une légère dérogation à ce principe : il autorise une pareille renonciation, mais à condition qu'elle soit temporaire : elle peut d'ailleurs être renouvelée. On voit donc que le législateur, s'il envisage l'indivision sous un jour défavorable, ne s'oppose pourtant pas à son maintien. Les communistes peuvent rester dans le statu quo aussi longtemps qu'ils le veulent soit qu'aucun d'eux ne demande à en sortir, soit qu'ils renoncent à la faculté de le demander, par des conventions régulièrement renouvelées. Ce que la loi a voulu empêcher, c'est qu'on puisse contraindre un coproprié-

(1) Chabot, sur l'article 815, n° 10 ; Duranton, VII, 87 ; Dutruc, *Partage de succession*, n° 8 ; Demolombe, XV, 514 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2779.

taire, fût-il seul de son avis, à rester dans l'indivision contre sa volonté : pour atteindre ce but, il fallait interdire qu'on pût s'enlever à tout jamais le droit d'en sortir, car, de ce que l'on consent, à raison des circonstances, à demeurer dans cet état anormal, il n'en résulte pas que l'on conservera toujours cette résolution. Il est au contraire vraisemblable que ces circonstances se modifieront par la suite, et, avec elles, la décision qui en a été la conséquence. Il importe, qu'alors, on puisse revendiquer le droit auquel on avait temporairement renoncé, sans quoi on s'exposerait à se trouver, à un moment donné, dans l'indivision malgré soi. Telle est la raison pour laquelle le Code ne reconnaît d'effet à la renonciation dont il s'agit, que pour une durée de cinq ans ; tel est également le motif pour lequel il convient de décider, dans le silence de la loi, que lorsque pareille convention est renouvelée avant l'expiration de ce délai, ce renouvellement produira son effet immédiatement, et non à la fin seulement de la première période, sans quoi on arriverait au moyen d'une série de conventions faites coup sur coup, à renoncer définitivement au droit de demander le partage ou la licitation. C'est d'ailleurs l'opinion très généralement adoptée (1).

Quand la convention a été faite pour un temps plus

(1) Toullier, V, 406 ; Duranton, VII, 78 ; Marcadé, art. 845, n° 2 ; Demante, III, 139 *bis* III ; Dutruc, *Partage de succession*, n° 7 ; Demolombe, XV, 500 ; Aubry et Rau, VI, § 622, p. 532 et note 4 ; Laurent, X, 240.

long que le terme prescrit, elle est réductible à ce terme (arg. art. 1660, C. civ.). Si elle a été conclue pour un temps indéfini, il convient de donner la même solution. On a invoqué, il est vrai, en faveur de l'annulation radicale, la volonté des parties, qui n'ont vraisemblablement pas voulu d'une indivision temporaire, et un argument d'analogie tiré de l'article 1869 aux termes duquel un associé peut toujours se retirer d'une société dont la durée n'a pas été limitée ; mais l'intention des parties n'est rien moins que certaine, et on pourrait d'ailleurs réserver le cas où il serait établi que les communistes ont préféré la nullité totale à la réduction. Quant à l'article 1869, il est relatif à la société, qui diffère sensiblement de l'indivision pure et simple, notamment au point de vue des conséquences très graves qui peuvent résulter, pour les associés, de leur engagement (1).

Quand la convention de ne pas liciter a été faite entre quelques-uns seulement des communistes, elle ne lie pas les autres, qui conservent le droit de demander la licitation, mais, en pareil cas, sur quoi porte cette dernière ? sur la totalité des biens communs ou sur la partie seulement représentant les parts des indivisaires étrangers à la convention ? Si l'indivision ne porte que sur un bien déterminé, la licitation a pour objet ce bien tout entier, car on ne conçoit pas une licitation partielle

(1) Duranton, VII, 81 ; Marcadé, art. 815, n° 2 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. commercial*, II, 415 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2769.

d'un bien impartageable, d'autant plus qu'il ne peut s'agir ici que d'une licitation judiciaire, car ceux qui ont convenu de ne pas liciter ne sauraient être d'accord avec les autres. Mais si l'indivision porte sur une masse, faudra-t-il en faire deux parts, dont l'une sera attribuée aux premiers et restera indivise entre eux pendant le délai stipulé, et dont l'autre sera licitée au profit des seconds ? L'affirmative est soutenue, en matière de partage, par quelques auteurs (1), mais la plupart estiment que la liquidation des droits indivis doit avoir lieu à l'égard de tous (2).

Ainsi, il résulte du caractère d'ordre public du droit de demander le partage ou la licitation qu'on ne peut renoncer à ce droit, sauf l'exception que nous venons d'étudier.

b) Il faut aussi en conclure que cette faculté est un droit absolu dont les tribunaux ne peuvent pas entraver l'exercice quand il se produit dans les conditions déterminées par la loi. C'est ainsi que la demande en licitation d'un immeuble impartageable en nature ne peut être repoussée par les juges pour la raison qu'elle ne leur apparaît pas comme fondée sur un motif sérieux et légitime (3).

c) Une autre conséquence de la même idée est que

(1) Vazeille, art. 815, n° 12 ; Dutruc, n° 9.

(2) Chabot, art. 815, n° 9 ; Duranton, VII, 83 ; Hureauux, III, 373 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2778.

(3) Cass., 26 décembre 1866, S. 67.1.176.

ce droit est imprescriptible. L'article 815, premier alinéa, dit en effet que le partage peut « toujours » être provoqué. L'article 816 y apporte, il est vrai, une exception pour le cas « où il y aurait possession suffisante pour acquérir la prescription », mais il s'agit ici de la prescription des biens indivis, et non de celle de l'action elle-même, en un mot, de la prescription acquisitive, et non de la prescription extinctive.

L'action en licitation, de même que l'action en partage, dure tant que persiste l'indivision, mais il est clair qu'elle ne saurait lui survivre ; dès lors que l'indivision a pris fin, l'action qui tend à la faire cesser devient sans objet.

La possession qui fonde cette prescription doit s'accomplir, bien entendu, dans des conditions nouvelles, car il est évident qu'une possession indivise ne saurait mener à une propriété divise, et des propriétaires qui seraient restés trente ans sans former une demande en partage ou en licitation ne seraient pas, pour cela, déchus de ce droit. Il faut que l'un des communistes ait possédé seul, et à titre de propriétaire, une partie des biens communs. Quant à la question de savoir à quelles conditions la possession indivise devient divise, elle donne lieu à de graves difficultés. Faut-il une intervention de titre, conformément à l'article 2238 ? Certains auteurs l'exigent, en se fondant sur cette circonstance que le communiste possède pour autrui autant que pour

lui-même, que, par suite, il ne peut se changer à lui-même la cause de sa possession (1).

On trouve également quelques arrêts en ce sens (2).

Cependant on pense généralement que l'interversion n'est pas nécessaire (3). Cette opinion paraît plus conforme à l'esprit de la loi qui suppose l'existence d'un partage dont l'acte se serait égaré.

Il n'est pas nécessaire, pour pouvoir demander la licitation, d'être copropriétaire *ab initio*, c'est-à-dire dès le moment où l'indivision s'est formée ; un cessionnaire a ce droit au même titre que les autres communistes (4). On décidait autrefois le contraire pour les droits seigneuriaux (5), mais aucune disposition de ce genre n'existe dans notre droit, et, dans le silence des textes, il faut appliquer les principes. Or le cessionnaire a pris la place du cédant, il est donc fondé à exercer tous les droits et actions qui appartenaient à ce dernier, de même que c'est contre lui et non contre le cédant que les autres communistes devront intenter les actions nées de l'indivision.

Celui-ci se trouve, aussitôt la cession conclue, hors de cause, il n'a plus aucun rapport de droit avec ses

(1) Aubry et Rau, VI, § 624, p. 354.

(2) Lyon, 3 avril 1854 et Cass., 26 août 1856, D. 56.1.340.

(3) Demante, II, 140 *bis*, II ; Demolombe, XV, 527 ; Le Sellyer, II, 1094 ; Huc, V, 287 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2801 ; Cass., 26 août 1856, D. 56.1.340 ; 13 décembre 1886, D. 87.1.386.

(4) Rolland de Villargues, *Rép. de la jurisprudence du Not.*, V^o *Licit.*, n^o 59.

(5) Guyot, *Traité des mat. féod.*, chap. 3, sect. 3, § 5.

anciens co-indivisaires. Toutefois, il a été jugé qu'il peut demander la licitation tant que le cessionnaire ne se prévaut pas de l'acte intervenu (1), les autres communistes ne pouvant se prévaloir d'une convention à laquelle ils sont restés étrangers.

Si le cédant ne s'est dépouillé que d'une partie de ses droits indivis, le cessionnaire et lui peuvent concurremment exercer l'action en licitation, car si le premier est entré dans l'indivision, le second n'en n'est pas complètement sorti ; et cela, quelle que soit l'importance de la part qu'il a cédée, cette action appartenant au propriétaire de la partie la plus minime de la chose commune aussi bien qu'à celui de la partie la plus considérable (2).

La licitation, comme le partage en nature, ne peut être demandée qu'en vertu d'un droit certain ; on ne pourrait donc la provoquer en vertu d'un droit soumis à une condition suspensive.

Le titulaire d'un pareil droit peut, il est vrai, accomplir des actes *conservatoires*, mais il semble bien impossible de reconnaître ce caractère au partage, qui, s'il n'est pas un acte d'aliénation, paraît tout au moins constituer un acte mixte, spécial, tenant à la fois de l'aliénation et de l'administration.

(1) Bourges, 24 août 1831, D. 32.2.53.

(2) Il y a toutefois exception pour les copropriétaires de navires, qui, sauf conventions contraires, n'en peuvent provoquer la licitation, s'ils n'ont pas la moitié de l'intérêt total dans le navire (C. comm., art. 220),

Un auteur (1) a pourtant soutenu qu'il fallait accorder la faculté de demander la licitation au titulaire d'un droit soumis à une condition suspensive. Il se place, il est vrai, à un point de vue pratique, insistant sur la nécessité d'avoir un « moyen de départ de la propriété ferme et de la propriété conditionnelle », les inconvénients de l'indivision existant, à un degré plus élevé encore, quand les droits des copropriétaires ne sont pas purs et simples.

L'opinion contraire est très généralement admise (2)

Mais une solution différente doit être donnée lorsqu'il s'agit d'une condition résolutoire ; un droit affecté de cette modalité est en effet susceptible des mêmes actes qu'un droit pur et simple, seulement le sort de ces derniers est précaire, ils sont tenus pour non avenus si la condition se réalise. C'est ainsi que l'acquéreur à réméré d'une portion indivise d'un immeuble peut demander la licitation, et devenir propriétaire de la totalité. Si la condition se réalise, la propriété repasse entre les mains du vendeur, mais seulement jusqu'à concurrence de la part cédée par celui-ci ; le restant, acquis sur licitation,

(1) M. Testoud, *Rev. crit.*, 1885, p. 157.

(2) MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (*Tr. des successions*, t. II, n° 2842), qui, dans leur édition de 1885, s'exprimaient ainsi : « Le propriétaire sous condition suspensive d'une portion indivise nous paraît pouvoir provoquer la division de la propriété suspensive, puisqu'à ce point de vue, il a des droits rivaux avec son copropriétaire », reviennent, dans leur 2^e édition (1899) sur leur opinion et adoptent la solution opposée, « le partage ne pouvant être considéré comme un acte conservatoire ».

demeure aux mains de l'acquéreur, l'article 1667, qui force le vendeur à racheter la totalité, ne s'appliquant qu'au cas où c'est contre l'acheteur que la licitation a été provoquée.

A propos de la copropriété conditionnelle, il est bon de remarquer qu'il ne saurait y avoir indivision entre le propriétaire sous condition suspensive et le propriétaire sous condition résolutoire d'un même bien, car leurs propriétés ne peuvent pas coexister, puisque c'est le même événement qui constitue une condition suspensive pour l'un et une condition résolutoire pour l'autre, et que, par suite, quand la propriété du premier naîtra, celle du second s'évanouira. Mais il peut très bien y avoir indivision entre le propriétaire pur et simple d'une quote part et le propriétaire conditionnel d'une autre quote part. C'est cette dernière hypothèse que nous avons en vue au cours du développement précédent.

Les créanciers peuvent-ils provoquer la licitation ? L'affirmative résulte expressément de l'article 2205 ainsi conçu : *Néanmoins la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer, s'ils le jugent convenable...* Toutefois, une distinction s'impose. Au cas où l'indivision provient d'une succession, les créanciers de celle-ci ne sont pas admis à faire liciter les immeubles héréditaires ; l'article 2205 ne parle, comme nous venons de le voir, que des créanciers *personnels*

des héritiers, et cela est rationnel ; les créanciers du défunt ont un droit sur tous les immeubles de ce dernier, de sorte que l'indivision qui règne entre les cohéritiers et l'effet déclaratif attaché à l'opération qui y mettra fin, ne peuvent leur nuire : quel que soit le résultat de celle-ci, ils pourront faire valoir leurs droits sur les immeubles ou portions d'immeubles échus au cohéritier qu'ils auront poursuivi, puisque ces droits s'étendent sur tous les immeubles indivis. Il eût donc été inique de les contraindre à demander préalablement la licitation, car cela constituerait pour eux des frais inutiles (1).

Il faudrait donner une solution identique pour la même raison, à l'égard des créanciers personnels des communistes vis-à-vis de qui ces derniers seraient obligés conjointement et solidairement, avec affectation hypothécaire des immeubles indivis (2). Comme les créanciers héréditaires, ils ne sont pas alors recevables à demander la licitation parce qu'ils n'y ont pas intérêt. Mais, en dehors de ce cas exceptionnel, non seulement ils peuvent, mais ils doivent (art. 2205) faire liciter les immeubles communs avant de les faire vendre (3).

(1) Poitiers, 21 juillet 1824, *J. Pal.*, t. 18, p. 903 ; Rolland de Vilargues, *Rép. du not.*, V^o *Licitation*, n^o 66 et *Partage*, n^o 243 ; Confians, *Jurispr. sur les successions*, p. 284, n^o 15 ; Bioche et Gouget, *Dict. de procéd.*, V^o *Licit.*, n^o 63.

(2) Riom, 21 juillet 1894, *Rec. arr.*, 1893-94, p. 520.

(3) L'article 2205 ne parle que de la *vente*, mais on étend la règle qu'il contient à la saisie elle-même. La Cour de cassation, qui avait primitivement jugé le contraire, est maintenant en ce sens (29 juill. 1822, 3 juill. 1826). Les Cours d'appel se sont rangées à son avis.

On s'est demandé si l'article 2205 qui pose cette règle à propos de l'indivision née d'une succession, doit être étendu aux autres cas d'indivision. La question est fort discutée. Dans un premier système, on n'applique ce texte qu'à l'indivision entre héritiers. On invoque, d'une part, les termes qu'il emploie (*cohéritiers, immeubles d'une succession*), et d'autre part, cette considération, qu'il établit une dérogation au droit commun et doit être, à ce titre, interprété restrictivement (1).

D'après un second système, l'article 2205 devrait être étendu à tous les cas d'indivision, car le motif de la prohibition qu'il contient serait partout le même, les effets de l'indivision étant toujours analogues, quelle que soit la cause qui la produit (2).

Enfin, il est un troisième système qui adopte une solution intermédiaire (3). Il se fonde sur l'esprit de la loi, indiqué clairement par le tribun Lahary dans son discours au Corps législatif (4).

Enseignent également cette opinion : Tarrille, *Rép.*, XII, 249, § 3, n° 2 ; Pigeau, II, p. 241 ; Persil père, *Quest.* II, p. 195 ; Persil fils, *Comm.*, I, p. 17, n° 13 ; Chauveau, *quest.* 2198, n° 4.

(1) Delvincourt, III, p. 412, éd. 1819 ; Duranton, I, 13 ; Favard de Langlade, V° *Expropr. forcée*, § 4 ; Thomine-Desmazures, *Comment. C. procéd.*, II, 743 ; Paignon, *Ventes judiciaires*, I, p. 51.

(2) Persil fils, *Ventes jud.*, n° 41 ; Tarrille, *Rép.*, V° *Saisie immobili.*, § 3, n° 2 ; Rauter, *Cours de procéd.*, p. 315 ; Pigeau, *Comment.*, p. 270, t. II ; Grenier, *Hypothèques*, I, 158 ; Persil père, *Régime hypoth.*, II, p. 195 ; Chauveau, *Procéd. civ.*, n° 2198 ; Metz, 21 juill. 1822 ; Pau, 10 déc. 1832, S. 33.2.240 ; Lyon, 9 janv. 1833, S. 33.2.381.

(3) Aubry et Rau, VIII, § 778, p. 462 et 463, note 20.

(4) Loaré, *Lég.*, XVI, 503 et 504, n° 6.

La loi n'a pas voulu qu'une saisie courût le risque d'être sans objet, or, c'est ce qui pourrait arriver si le créancier d'un cohéritier était admis à saisir un immeuble de la succession. Une succession se compose non seulement de biens mobiliers ou immobiliers, mais aussi de créances et de dettes ; la part de chaque cohéritier ne peut être déterminée qu'après une liquidation souvent compliquée, et il arrive parfois que, par suite des rapports et des prélèvements, un cohéritier ne recueille absolument rien de l'actif. Pouvait-on dès lors permettre à un créancier de pratiquer une saisie sur un immeuble héréditaire, en escomptant la part qui écherrait à son débiteur, puisque cette part peut se trouver réduite à rien ?

En outre, à supposer qu'on saisit et fit vendre cet immeuble, quelle serait la situation de l'adjudicataire ? éminemment précaire, car le droit qui lui serait transmis serait celui du débiteur lui-même ; or nous venons de voir que ce droit pouvait s'évanouir complètement après le partage.

Tels sont les motifs qui ont inspiré la disposition de l'article 2205 ; doivent-ils la faire étendre aux autres cas d'indivision ? Oui et non. On doit l'étendre à ceux où, comme dans l'indivision née d'une succession, l'objet du partage est une universalité, car un communiste peut alors voir sa part réduite à zéro. Il en est ainsi en cas de communauté et de société. Les articles 1476 et 1872 leur appliquent d'ailleurs les règles du partage de

succession. Mais il en est différemment lorsque les biens indivis sont *res singulares* ; en pareille occurrence, si la part de chaque indivisaire, dans les biens communs ou leur valeur, est indéterminée, il est, du moins, certain qu'il reviendra à chacun d'eux quelque chose ; la saisie pratiquée sur l'un d'eux ne risquera donc jamais de se trouver sans objet.

Ainsi les créanciers des communistes peuvent demander, comme ceux-ci, la licitation. Mais le peuvent-ils encore alors que ces derniers n'en n'ont plus le droit ? Autrement dit, la convention d'indivision, conclue entre les communistes, est-elle opposable à leurs créanciers ? La question ne se pose pas pour les créanciers hypothécaires inscrits antérieurement, car ils ont alors un droit réel, opposable aux tiers, nonobstant toute stipulation que pourrait passer leur débiteur, nulle convention, à laquelle ils seraient restés étrangers, ne pouvant en entraver l'exercice. Mais que faut-il décider à l'égard des créanciers chirographaires, ou de ceux dont l'hypothèque n'a pas été inscrite avant l'accord consenti par leur auteur ? La question est délicate, et se trouve diversement résolue. Les uns (1) distinguent selon que le titre des créanciers a, ou non, date certaine antérieure à la convention.

Les autres font dépendre la solution du problème de la nature du droit en vertu duquel agissent les créanciers.

(1) Duranton, VII, 84 ; Vazeille, art. 815, n° 84 ; Dutruc, n° 10.

Nous croyons que c'est là, en effet, le seul point auquel il faille s'attacher. En quelle qualité les créanciers demandent-ils la licitation ?

Est-ce en leur nom, en vertu d'un droit propre ? la convention passée par leur débiteur ne leur est pas opposable.

N'est-ce, au contraire, qu'au nom de celui-ci, et au moyen de l'action oblique ? ils ne sauraient, en pareil cas, exercer un droit dont ce dernier s'est démuni, alors même que leur titre aurait date certaine antérieure. Ils n'auraient que la ressource de prouver que la convention d'indivision a été faite en fraude de leurs droits.

Nous pensons que les créanciers ne peuvent demander la licitation qu'au nom de leur débiteur, et que l'article 2205 n'est qu'une application de l'article 1166. On a objecté (1) que le débiteur, tenu de l'exécution de ses engagements sur tous ses biens présents et à venir, ne peut, par aucune espèce de stipulation, paralyser ou différer l'exercice des droits de ses créanciers, que la faculté reconnue à ceux-ci, soit de provoquer le partage, soit d'y intervenir, n'était qu'une conséquence de ce principe, et qu'il serait contradictoire, qu'investis de pouvoirs aussi importants, ils fussent soumis à une convention qui pourrait en détruire complètement l'effet, rien n'empêchant les communistes, en renouvelant celle-ci tous les cinq ans, d'entretenir un état d'in-

(1) Dutruc, n° 10.

division perpétuelle. Cette objection n'est pas fondée, car les créanciers ont la ressource de faire opposition à ce renouvellement, ce qui leur permettra, s'il y est passé outre, de faire tomber l'acte par l'action Paulienne, la fraude du débiteur et la complicité de ses cocontractants n'étant plus douteuse en pareil cas.

On a objecté en outre que cette manière de voir a pour résultat de faire de l'article 2205 un texte inutile. On peut répondre à cela qu'il n'est pas le seul dans nos lois, où l'on peut trouver bien des articles qui ne sont que des applications d'un principe général, précédemment posé.

Telle est l'opinion qui nous paraît la plus exacte (1).

La théorie adverse d'après laquelle l'article 2205 accordant aux créanciers un droit direct et personnel, la convention d'indivision, ne leur est jamais opposable, est également très soutenue (2).

SECTION II. — Capacité requise pour demander la licitation.

Elle est la même que pour demander le partage, car cette institution n'est qu'un mode de partager (3).

(1) Demolombe, XV, 509 ; Aubry et Rau, VI, § 622, p. 533 et note 5 ; Garsonnet, *Procéd. civ.*, III, p. 534, Taudière, *Rev. crit.*, 1889, p. 208 ; Dupuis, note D. 91.2.65 ; Bordeaux, 23 mai 1893, D. 94.2.48 ; Lyon, 23 mai 1894, *Rép. Not.*, 1894, p. 671 ; Paris, 22 décembre 1898, *Gaz. Trib.*, 1899, 1^{er} sem., 2.282.

(2) Chabot, art. 815, n° 9 ; Rousseau et Laisney, *Dict. Proc.*, 7° *Vente judiciaire d'immeubles*, n° 26 ; Huc, V, 285 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2942.

(3) Demolombe, XV, 560 ; Trib. civ. Guéret, 23 juin 1883, *Journal des faillites*, 1883, p. 430.

Il faut donc se reporter aux règles posées par la loi en cette matière. Le Code civil ne considère pas le partage comme une aliénation proprement dite, puisqu'elle lui fait produire l'effet déclaratif (art. 883). Pourtant, c'est un acte qui lui ressemble beaucoup, car il implique un échange : chacun des copartageants abandonne son droit indivis sur tous les biens communs en échange d'un droit exclusif sur certains de ces biens. Les jurisconsultes romains voyaient dans cette opération une aliénation, et l'adoption, dans notre ancien droit, de la fiction du partage déclaratif, n'empêchait pas nos anciens auteurs (1) de dire que *la demande en partage tend à une espèce d'aliénation, ou du moins à quelque chose qui lui ressemble*. C'est encore exact aujourd'hui, le partage conserve toujours, malgré l'article 883, un certain caractère attributif ; il présente un caractère mixte, équivoque, que Dumoulin (2) définissait ainsi : *Esi enim divisio contractus mixtus, participans de distractu et contractu, de permutatione et venditione : et tamen distinctam et propriam habet naturam*. Le Code a adopté cette opinion, en ce sens qu'il considère le partage, au point de vue de la capacité, comme un acte *sui generis*, tenant le milieu entre les actes d'aliénation et ceux d'administration, et il exige, pour procéder au partage, une capacité spéciale, très voisine de la capacité d'aliéner.

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. 1^{er}, § 2 ; Roussilhe, *Inst. au dr. de légitt.*, t. II, n^o 546).

(2) *Cout. de Paris*, § 33, gl. 1, n^o 74.

Les règles posées par le Code civil, en matière de partage, n'ont été établies qu'à propos du partage de succession, mais on est d'accord pour les étendre au partage en général. Le Code, d'ailleurs, en différentes occasions où il traite accidentellement de cet acte (1), renvoie lui-même, ainsi que nous l'avons déjà vu, au siège de la matière, c'est-à-dire au titre des successions. C'est à l'aide de ces textes (art. 817-819), de quelques autres traitant de l'aliénation des biens des mineurs (art. 460 et suiv.) et des principes généraux sur l'incapacité, que nous allons exposer les règles de la capacité requise pour procéder à la licitation.

Il est nécessaire d'envisager successivement la situation des différents incapables.

1^o *Mineurs*. — a) *Mineurs non émancipés*. — La demande est formée par le tuteur au nom du mineur, mais faut-il une autorisation du conseil de famille avec l'homologation du tribunal ? Il n'y a de texte que pour le cas où c'est un autre copropriétaire que le mineur qui provoque la licitation ; en pareille occurrence, l'article 460 dispense le tuteur de ces deux formalités. En raisonnant *a contrario*, il semble qu'il faudrait décider que, dans l'hypothèse où le mineur est demandeur, elles sont requises. Un auteur (2) en a déduit que le mineur ne pouvait, même par l'intermédiaire de son

(1) A propos du partage de communauté (art. 1476) et du partage de société (art. 1872).

(2) Malleville, art. 460 et 465.

tuteur, jamais demander la licitation ; cette opinion est restée isolée ; elle est inadmissible, le tuteur pouvant, à condition d'être dûment autorisé, aliéner les immeubles de son pupille.

On estime très généralement que l'autorisation du conseil de famille suffit, car elle est suffisante pour demander le partage (art. 465) et il est rationnel de donner la même solution pour la licitation, qui peut en être une suite nécessaire. L'intérêt du mineur ne sera pas pour cela en péril, la présence des autres communistes garantissant suffisamment que le prix d'adjudication représentera la valeur de l'immeuble licité (1).

La présence du subrogé tuteur est-elle nécessaire ? On peut soutenir l'affirmative en s'appuyant sur l'article 459 qui déclare que la vente des immeubles du mineur doit être faite en présence du subrogé tuteur. Toutefois le contraire a été jugé pour les ventes sur licitation provoquées contre le mineur (2).

b) *Mineurs émancipés.* — La licitation est demandée par le mineur, assisté de son curateur, mais cette assistance est-elle suffisante ? A première vue, le doute pourrait naître de la combinaison des articles 460 et 484 :

(1) Bordeaux, 23 août 1870, S. 70.2.294 ; Pigeau, *Procéd. civ.*, II, p. 266 ; Paignon, *Ventes jud.*, II, 227 ; Thomine-Desmazures, *Procéd.*, n° 1133 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, quest. 2501-5° ; Demante, I, 217 *bis* ; Demolombe, XV, 561 ; Huc, V, 290 ; Laurent, X, 246 ; Le Sellyer, II, 1110 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2889.

(2) Paris, 28 avril 1849 et Cass., 18 février 1850, S. 50.1.273.

ART. 460. — « Les formalités, exigées par les articles 457 et 458 pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent pas au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis. »

ART. 484. — « Il (le mineur non émancipé) ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé » (1^{er} al.).

Il semble résulter de ces textes qu'il faille, outre l'assistance du curateur, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, la licitation ne pouvant être considérée comme un acte de « pure administration », mais il est un autre texte, l'article 482, dont la généralité des termes ne permet pas cette interprétation ; il permet en effet au mineur émancipé d'intenter avec la seule assistance de son curateur les « actions immobilières » ; or il s'agit ici de la demande en licitation d'un immeuble, action immobilière, et par conséquent c'est l'article 482 et non l'article 484 qu'il faut appliquer. Nous sommes en présence, en effet, d'une action et non d'un acte, et l'on conçoit que la loi soit moins sévère pour les actions, car elles s'exercent sous les yeux de la justice qui en apprécie la valeur et en consacrer le résultat, tandis que les actes s'accomplissent sans l'intervention du juge (1).

(1) Le Sellyer, II, 4284 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2894.

c) *Mineurs sous l'administration légale de leur père.* — C'est le père administrateur qui demande la licitation, mais à quelles conditions ? elles dépendent du pouvoir général qu'on reconnaît à celui-ci, et c'est là une question fort discutée.

Dans un premier système, on décide que le père administrateur légal doit être assimilé au tuteur. C'est l'avis qui prévaut dans la doctrine (1). Il faudra dire alors que le père doit, pour intenter la licitation, obtenir l'autorisation d'un conseil de famille.

Dans un second système, on reconnaît au père administrateur les pouvoirs les plus absolus (2). On invoque à l'appui la tradition historique. Il n'y a pas lieu de nommer un conseil de famille, et la justice n'a pas à intervenir. Le père agit sans contrôle.

Enfin dans un dernier système, le père administrateur légal doit, pour accomplir les actes d'aliénation, obtenir l'autorisation de justice. Cette théorie est soutenue par un certain nombre d'auteurs (3). Elle paraît être également celle de la jurisprudence ; cette dernière est toutefois extrêmement flottante. La Cour de cassation a bien décidé nettement (4) que l'administration légale du père

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, I, p. 408 ; Delaporte sur l'article 817 ; Aubry et Rau, VI, § 621 *bis*, p. 514 ; Demolombe, XV, 556 ; Rousseau et Laisney, V^o *Partage*, n^o 12 ; Vigiié, II, 270 ; Hureaux, III, 391.

(2) Zachariæ, éd. Massé et Vergé, I, p. 406. — En ce sens également un arrêt du 31 décembre 1891, Dijon, *Pand. fr. pér.*, 93.2.289.

(3) Marcadé, II, 150 ; Pont, *Petits contrats*, II, 560.

(4) Cass , 3 juin 1867, D. 68.1.27.

n'est pas soumise, en principe, aux règles de la tutelle, mais elle n'a pas déterminé quelles sont celles qui lui sont applicables ; elle n'a pas eu à se prononcer depuis sur la question.

Les partisans de cette opinion ne s'entendent d'ailleurs pas entre eux : tandis que, suivant les uns, l'autorisation de justice est nécessaire dans tous les cas où le tuteur a besoin de celle du conseil de famille, elle n'est indispensable, selon les autres, que pour les actes à l'égard desquels le tuteur doit obtenir en outre l'homologation du tribunal.

2° *Interdits*. — La loi réglemeute leur incapacité de la même manière que celle du mineur non émancipé (art. 509). En matière de partage, un même texte, l'article 817, est déclaré expressément s'appliquer à la fois à ces deux catégories d'incapables. Nous renvoyons donc aux règles que nous venons de poser.

3° *Absents et non présents*. — a) *Absents*. — Il y a, dans l'absence, plusieurs phases successives : il importe de les examiner successivement, car la solution de notre question varie avec chacune d'elles.

La première période est celle de la présomption d'absence. Si le présumé absent a laissé un fondé de pouvoir, c'est ce dernier qui aura qualité pour intenter l'action en licitation ou y défendre ; dans le cas contraire, il faudra appliquer l'article 113 du Code civil, suivant la majorité des auteurs (1), et par suite confier ce rôle à un

(1) Merlin, *Rép.*, V° *Absents*, n° 4 ; Delvincourt, II, p. 348.

notaire commis à cet effet par le tribunal. Suivant d'autres (1), c'est l'article 112 qui est applicable, et le présumé absent sera représenté dans l'instance en licitation par une personne quelconque désignée par le tribunal sur la demande des parties intéressées.

Enfin d'après certains (2) l'article 113 serait bien celui qui régit notre matière, mais n'aurait pas une portée absolue : le notaire pourrait bien défendre à l'action en licitation, mais non l'intenter ; il lui faudrait, dans ce dernier cas, une autorisation spéciale du tribunal.

La seconde période est celle où l'absence est déclarée ; l'action appartient alors aux envoyés en possession (art. 817). Ce texte ne distingue d'ailleurs pas entre les envoyés en possession provisoire et les envoyés en possession définitive, il faut en conclure que l'action appartient aux uns comme aux autres (3).

b) Non présents. — L'article 317 ne parle que des absents, mais l'article 340 parle en outre de « non présents ». On désigne ainsi les personnes dont l'existence est certaine, mais qui ne se trouvent pas dans le lieu où leur présence est nécessaire, bien que l'on connaisse leur résidence. S'ils ont laissé un mandataire, pas de difficulté, mais dans le cas contraire, le partage ou la licitation ne peut être provoqué en leur nom. A quelles

(1) Dutruc, n° 275.

(2) Duranton, I, 395, VII, 3 ; Vazeilles, art. 817, n° 5.

(3) Demolombe, XV, 565 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2008 ; Laurent, X, 449 ; Hue, V, 292.

conditions peut-on le provoquer contre eux ? Suivant une opinion (1), il faut, dans le silence de la loi, procéder par analogie ; or l'analogie est évidente entre les « non présents » et les « présumés absents » : ceux-ci, de l'avis du plus grand nombre, doivent être représentés par un notaire ; il faut étendre cette solution aux présents. A l'appui de cette opinion, on argumente des termes de l'article 840 :... « les partages faits au nom des absents ou non présents ». Si les non présents n'étaient pas représentés, on ne pourrait pas dire que le partage est fait « en leur nom ».

. Dans une autre opinion, l'action en partage ou en licitation doit être intentée par défaut contre les non présents. La loi n'ayant pas organisé la représentation des non présents, il serait arbitraire de déclarer qu'elle sera soumise aux mêmes règles que celle des présumés absents (2).

Sanction de l'inobservation des règles établies pour la licitation des biens des mineurs, des interdits, des absents et des non présents.

La licitation des biens de ces différentes sortes d'incapables ne peut jamais avoir lieu à l'amiable, elle doit être faite en justice, et avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens du mineur. Le Code le dit formellement (art. 839, C. civ.). Ces formalités en

(1) Duranton, VII, 3412 ; Laurent, X, 250.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 677 ; Demolombe, XV, 564 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2940.

question sont décrites par les articles 458, 459 et 460 du Code civil. La sanction de leur inobservation, la nullité, n'est prononcée par aucun texte de loi. Sous l'empire du Code, la jurisprudence accordait en pareil cas au mineur à la fois une action en rescision et une action en nullité, cette dernière étant recevable, même en l'absence de lésion. Dans l'exposé des motifs de la loi du 2 juin 1841, le gouvernement a déclaré que ce serait aller contre l'intérêt du mineur que de prononcer à l'avance la nullité. Il en résulte qu'actuellement les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation pour décider si, en présence d'une irrégularité déterminée, il y a lieu de prononcer la nullité. Il faudra donc distinguer, parmi les formalités exigées, celles qui sont essentielles pour sauvegarder les droits du mineur de celles qui n'ont pas, à ce point de vue, une importance capitale. C'est ainsi que la vente sur licitation d'un immeuble indivis entre des majeurs et des mineurs peut être annulée, si le subrogé tuteur n'y a pas assisté (1).

Lorsque la nullité est prononcée, peuvent seules s'en prévaloir les personnes au profit desquelles les formalités qu'elle sanctionne ont été établies. En notre espèce (minorité), les colicitants majeurs ne pourront la de-

(1) Orléans, 7 février 1844, *J. Av.*, t. XVI, p. 688 ; Paris, 25 mars 1831, *J. Pal.*, t. XXIII, p. 1377 ; Chauveau sur Carré, V, p. 896. Toutefois la question de la nécessité, sous peine de nullité, de la présence du subrogé tuteur, est très controversée. V. *infra* « qui peut se rendre adjudicataire ». Ce qui est incontesté, c'est la nécessité de convoquer le subrogé tuteur.

mander. De même, l'adjudicataire ne possède pas ce droit (1).

Ce que nous venons de dire du mineur doit être étendu à l'interdit, à l'absent et au non présent, la loi (art. 839) exigeant à l'égard de ces derniers les mêmes formalités que pour le mineur, et manifestant ainsi l'intention de les soumettre au même régime.

4° *Femmes mariées.* — Il faut appliquer les dispositions prises par la loi en matière de partage, dans l'article 818 du Code civil : si les biens indivis tombent en communauté, le mari seul peut en provoquer la licitation, car c'est la communauté qui s'en trouve propriétaire et il la personnifie ; s'ils ne tombent pas en communauté, la loi déclare que « le mari doit agir en concours avec sa femme » ; il est plus exact de dire que c'est la femme qui agit en concours avec son mari, car c'est elle qui est propriétaire. S'il n'y a pas communauté entre les époux, la situation est la même que dans ce dernier cas : c'est la femme qui demande la licitation, autorisée comme de droit.

S'il s'agit d'un immeuble dotal, le mari seul (2) peut en provoquer la licitation avec l'autorisation de justice (3), et dans la forme judiciaire. A ce point de vue la licitation diffère du partage, du moins si l'on admet,

(1) V. arrêts cités en note, page précédente et un arrêt de Cass., 18 février 1850, S. 1850.1.275. — En ce sens, Chauveau sur Carré, 2501-4°.

(2) Arg. art. 1549.

(3) Art. 1558.

avec la majorité des auteurs (1), que les conjoints pourraient procéder à un partage amiable des biens dotaux.

Dans tous les cas où le mari n'a pas qualité pour procéder seul au partage définitif des biens indivis de sa femme, il peut du moins en provoquer un partage provisionnel, si ses conventions matrimoniales lui donnent sur eux un droit de jouissance (2) : au contraire, il ne peut, dans ces conditions, en provoquer la licitation, car cette opération, ayant pour effet de dénaturer l'actif licité, est, par cela même de nature définitive, irrévocable, et, par là même, incompatible avec le caractère provisoire du partage autorisé par l'article 818 (3).

*Sort de la licitation irrégulièrement faite par la femme
ou en son nom.*

On doit appliquer les solutions que l'on adopte en matière de partage si la licitation a été provoquée par la femme seule, sans autorisation (du mari ou de justice); elle est entachée de nullité relative (4) ; si elle a été provoquée par le mari seul, il y a controverse : dans un premier système, admis par la jurisprudence (5),

(1) Demolombe, *Successions*, III, 606 ; Aubry et Rau, V, § 137, note 16, p. 560 ; Demante, III, 146 *bis* ; Guillouard, IV, 1865 et s. ; D. 55.2.166, 56.2.201, 74.2.15.

(2) Art. 818.

(3) C. de Limoges, 25 novembre 1891, *France judiciaire*, 1892, 2 p.

(4) Art. 225, C. civ.

(5) Cass., 1^{er} février 1892, D. 93.1.250.

la nullité est la même que dans l'hypothèse précédente, le mari ne peut la demander en son nom personnel, car elle a été établie dans l'intérêt exclusif de la femme ; l'action ne peut être intentée que par les deux époux conjointement.

Dans un second système, on soutient que l'acte est entaché de nullité absolue, pouvant être invoquée par tout intéressé, notamment par les cocontractants et le mari en son nom personnel. La nullité est absolue parce que le partage ou la licitation a été fait par un autre que le propriétaire (1).

A défaut de l'autorisation maritale, la femme peut demander le partage, ou la licitation, même amiable, avec l'autorisation de justice, mais, dans le cas où le mari aurait le droit de jouir des biens indivis pour le compte de la communauté ou pour le sien propre, l'acte ne pourrait avoir effet que pour la nue propriété.

5° *Personnes munies d'un conseil judiciaire.* — Elles ne peuvent procéder seules à une licitation judiciaire, la loi leur défendant de *plaider* sans l'assistance de leur conseil, mais peuvent-elles, à la différence des mineurs et des interdits, procéder à une licitation amiable ? Avec l'assistance de leur conseil, ce n'est pas douteux, la loi n'ayant pas établi ici de règles analogues à celles qu'elle a posées pour l'aliénation des biens des mineurs, mais le peuvent-elles sans cette assistance ? Les articles 499

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2938.

et 513, dont l'énumération est considérée comme limitative, ne parlent ni du partage, ni de la licitation, mais ils mentionnent l'aliénation au nombre des actes pour lesquels le concours du conseil est nécessaire, et le partage est envisagé généralement comme une espèce d'aliénation. D'ailleurs l'assistance du conseil sera le plus souvent indispensable en vertu des articles 499 et 513 qui interdisent à l'individu muni d'un conseil judiciaire de recevoir ou de donner décharge d'un capital mobilier.

Enfin le mineur émancipé ne peut procéder seul à un partage, or la capacité de ces deux catégories de personnes est régie sensiblement par les mêmes règles (1).

Aucun arrêt ne s'est encore prononcé fermement sur cette question.

6° *Individus non interdits placés dans un établissement d'aliénés.* — La licitation est demandée par leur représentant, mais celui-ci n'est pas le même suivant que la licitation a lieu à l'amiable ou en justice ; dans le premier cas, c'est l'administrateur provisoire, ou à son défaut un notaire commis (2).

Dans le second cas, seul le mandataire *ad litem* a le pouvoir nécessaire, car il représente l'aliéné dans toutes les contestations judiciaires.

(1) Duranton, VII, 407 ; Demante, III, 144 ; Dutruc, n° 24 ; Hureaux, III, 189 ; Aubry et Rau, I, § 440, p. 572 ; Demolombe, VIII, 33 *bis* et XV, 562 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2905.

(2) Article 36, loi 30 juin 1838.

7° *Faillis*. — Les faillis peuvent-ils demander la licitation? Il y a lieu de distinguer suivant l'époque à laquelle est faite la demande. Si elle a été introduite postérieurement au jugement déclaratif de faillite, elle n'est plus recevable, car ce jugement entraîne de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens; celle-ci passe aux syndics (art. 443). Il résulte de l'article 572 du Code de commerce que ces derniers, lorsqu'ils poursuivent la licitation des immeubles du failli, doivent se conformer aux formalités exigées pour la vente des biens des mineurs.

La clôture pour insuffisance d'actif ne restitue pas au failli l'exercice de ses droits (1), il reste incapable de demander le partage ou la licitation. Mais il en est autrement après la dissolution de l'union; le dessaisissement prend fin (2).

Quant au partage ou à la licitation effectué par le failli antérieurement au jugement déclaratif, mais après l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements, il tombe sous le coup de l'article 447 du Code de commerce et se trouve, par suite, nul ou annulable. Cette solution vient d'être admise, assez timidement, il est vrai, par la Cour de cassation (3), qui s'est séparée sur ce point d'avec la jurisprudence des cours d'appel. On arrive à appliquer l'article 447 au partage en consi-

(1) Amiens, 8 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 1888.1.417; Chambéry, 18 janv. 1897, D. 97.2.456.

(2) Chambéry précité.

(3) Cass. Req., 28 mai 1895, S. 95.1.385.

dérant cet acte comme étant à titre onéreux ; et l'on écarte l'objection tirée du principe de la déclarativité en faisant remarquer que ce principe n'a qu'une portée restreinte ; il ne s'applique, en effet, que dans les rapports de chaque copartageant avec les ayants cause des autres, et non dans ceux des copartageants entre eux ; dans les rapports entre ces derniers, il est translatif. Le Code en a jugé ainsi, la preuve en est dans la garantie que se doivent entre eux les copartageants (1), dans le privilège qui assure le recouvrement des créances nées du partage (2), dans la rescision du partage pour lésion de plus du quart.

De ce que c'est l'article 447 qui est applicable en l'espèce, et non l'article 446, il résulte que le partage ou la licitation ne pourra être annulé que si les autres copartageants ou colicitants ont eu connaissance de la cessation des paiements.

8° *Liquidés judiciairement.* — A la différence de la faillite, la liquidation judiciaire ne produit qu'un demi-dessaisissement ; aux termes de l'article 6 § 4 de la loi du 4 mars 1889, le liquidé peut, avec l'assistance des liquidateurs, intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière. Cette assistance lui sera donc suffisante pour qu'il puisse intenter une action en licitation. Est-elle nécessaire quand la licitation est amiable ? oui, car l'article 6 précité l'exige, même pour les actes conservatoires.

(1) Art. 884-886.

(2) Art. 2103.

CHAPITRE II

DES PERSONNES QUI DÉFENDENT A LA LICITATION.

SECTION I. — Capacité pour défendre à la licitation.

La capacité est la même, en principe, pour intenter l'action en licitation et pour y défendre. Il y a exception pour le tuteur (1) qui est dispensé de recourir aux formalités requises par l'article 457, lorsque la licitation a été ordonnée sur la demande, non pas du tuteur au nom du mineur, mais d'un des copropriétaires majeurs. Il faut étendre l'exception au père administrateur légal si l'on admet qu'il ait besoin, pour former une demande en partage ou en licitation, de l'autorisation d'un conseil de famille.

SECTION II. — Contre qui doit être demandée la licitation.

L'action en licitation, comme l'action en partage, doit être intentée contre tous les communistes ; elle est, en ce sens, indivisible. Ce point, longtemps contesté,

(1) Art. 460.

est aujourd'hui constant en doctrine et en jurisprudence (1).

(1) Cass., 5 déc. 1887, D. 88.1.241 ; Nancy, 20 nov. 1890, sous Cass., 16 juill. 1891, S. 93.1.252, Grenoble, 26 mai 1896, *J. arrond. Grenoble*, 1897, p. 97, et un grand nombre d'arrêts antérieurs auxquels ceux-ci renvoient. Demante, III, 231 *bis* ; Dutruc, n° 295 ; Laurent, X, 258 et 284 ; Aubry et Rau, VI, 621 *bis*, p. 512 ; Demolombe, XV, 617 ; Guillouard, *Société*, n° 342 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2865.

CHAPITRE III

CAS DANS LESQUELS IL Y A LIEU A LICITATION.

La licitation a pour but de mettre fin à l'indivision. Il y a indivision quand plusieurs personnes ont sur une même chose des droits de même nature. Par suite de ce concours, elles ne peuvent exercer leurs droits intégralement, mais seulement dans une certaine mesure, qui est à déterminer. On fait cette détermination au moyen de partage. Toutefois, il est des cas où le partage n'est pas possible ; on doit alors recourir à la licitation.

Il résulte de ces observations que, pour qu'il y ait lieu à licitation, il faut :

1° Qu'il y ait indivision ;

2° Que le partage ne soit pas possible.

Il faut en outre ajouter :

3° Qu'on ne se trouve pas dans les circonstances exceptionnelles où l'on ne peut mettre fin à l'indivision.

1° En premier lieu, il faut qu'il y ait indivision. Il n'y aura pas indivision entre personnes ayant sur les mêmes biens des droits de nature différente. Cette règle est certaine, mais il est des cas où son application donne lieu à des difficultés.

Ainsi, il n'y a pas indivision entre le nu propriétaire

et l'usufruitier ; tous deux ont des droits différents pouvant être aliénés, hypothéqués, saisis séparément. La jurisprudence et la doctrine sont en principe d'accord sur ce point. Cependant on a dit (1) que le partage est possible pour qu'on se trouve en face d'une sorte d'indivision résultant de ce que les droits respectifs de l'usufruitier et du nu propriétaire n'ont pas d'objet déterminé. Mais de ce que deux droits sur une même chose n'ont pas une étendue exactement déterminée, il n'en résulte pas, s'ils sont de nature différente, qu'il y ait indivision entre leurs titulaires.

Un arrêt (2) a également décidé que lorsqu'un usufruit, au lieu de porter sur des immeubles déterminés, est établi sur la totalité d'une succession, et que les biens sont impartageables, il y a lieu à leur licitation pour la pleine propriété, l'usufruit devant ensuite être transporté sur le prix. Mais c'est là une décision d'espèce, fondée sur l'intention du testateur, souverainement interprétée par les juges du fait et qui a pu être, en effet, de faire porter l'usufruit, moins sur les biens déterminés composant sa succession que sur l'ensemble de celle-ci telle qu'elle sera déterminée après les opérations de liquidation et de partage accomplies conformément à la loi.

(1) Rapport de M. Lardenois cité par M. Labbé, en note dans S. 90.1.498.

(2) Cass. req., 9 avril 1877, D. 77.1.390.

Certains arrêts (1) font également une exception pour le cas où la vente des biens grevés d'un usufruit universel, serait nécessaire pour acquitter les dettes de la succession. Une telle décision paraît difficilement acceptable ; si la vente a une pareille cause, c'est aux créanciers qu'il appartient de la provoquer, et ce n'est pas une licitation.

Il n'y a pas non plus indivision entre le propriétaire et l'usager, car, pas plus dans ce cas que dans le précédent, il n'y a coexistence de droits de même nature. On trouverait cette coexistence si un droit d'usage avait été concédé à plusieurs personnes sur une même chose, comme dans l'hypothèse de pluralité d'usufruitiers ou de nus propriétaires, mais l'indivision n'existe alors que relativement à l'usage, à l'usufruit ou à la nue propriété, et la licitation, au lieu de porter sur la pleine propriété, ne pourra s'appliquer qu'au droit indivis.

Ce que nous venons de dire de l'usage, doit être étendu au droit d'habitation.

Il n'y a pas indivision non plus entre le superficiaire et le tréfoncier. Cette opinion est généralement admise (2).

La chambre des requêtes de la Cour de cassation s'est montrée d'un avis opposé (3) et a décidé que le

(1) Paris, 30 nov. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882-83.1.493 ; 15 avril 1883, *Gaz. Pal.*, 1881-82.2.323.

(2) Labbé, note S. 74.1.457 ; Aubry et Rau, II, § 223, p. 440 ; Huc, V, 278 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, éd. 1899, II, 2164 ; Cass. civ., 16 déc. 1873, D. 74.1.249.

(3) 5 nov. 1866, D. 74.1.249.

droit de superficie était « non pas un simple droit de servitude, d'usage ou d'habitation, mais un droit de copropriété du sol (1).

Cette opinion se fonde sur ce que le droit du superficiaire porte, sauf conventions spéciales, sur les plantes, arbres, constructions qui émergent du sol ; or ces choses tiennent au fonds par leurs racines ou leurs fondations : le droit du superficiaire porte donc aussi sur le fonds. Ce raisonnement n'est pas exact : l'usufruitier a, lui aussi, droit aux récoltes qui proviennent du sol, et pourtant on n'a jamais songé à lui reconnaître un droit sur le fonds.

Il n'y a pas non plus indivision entre deux propriétaires voisins dont l'un aurait construit, partie sur son terrain, partie sur la propriété limitrophe, car ils sont chacun propriétaires de la portion de construction qui porte sur leur fonds. Mais, comme la jouissance divisée sera rarement possible, on ne conçoit guère d'autre moyen pour eux d'exercer leurs droits que de vendre le bâtiment avec le sol sur lequel il repose ; seulement il n'y a pas licitation, il y a deux ventes juxtaposées, d'où cette conséquence que ce sont là les règles de la vente qui seront applicables et notamment qu'il faut le consentement de deux intéressés. A cet égard on peut critiquer une décision intervenue sur ce

(1) Dans le même sens : Proudhon, *De l'usage*, n° 700 ; Curasson sur Proudhon, *Traité des droits d'usage*, n° 706.

sujet (1), et par laquelle la vente est ordonnée par justice.

Y a-t-il indivision entre le propriétaire conditionnel et le propriétaire pur et simple d'un même bien ? Nous avons examiné la question au chapitre *Qui peut demander la licitation*.

Y a-t-il indivision entre le grevé de substitution et l'appelé ? La négative est certaine, car l'appelé n'a aucun droit actuel, même conditionnel. Certains auteurs admettent pourtant la licitation dans ce cas (2), mais dans un intérêt pratique, pour délimiter, parmi les biens du grevé, ceux qui peuvent être aliénés sans que l'acquéreur ait à craindre plus tard un droit de suite de la part de l'appelé.

2° S'il faut, pour qu'il y ait lieu à licitation, qu'il y ait indivision, il est en outre nécessaire qu'on puisse mettre fin à cet état de choses. Il y a en effet des cas exceptionnels où, en raison de circonstances dans lesquelles il a pris naissance, les communistes ne peuvent pas le faire cesser. Il en est ainsi, à raison, soit du caractère conventionnel de l'indivision, soit de la destination des biens indivis.

a) Il se peut d'abord que l'indivision soit le résultat de la volonté des parties ; peu importe qu'elle ait été stipulée pour la réalisation d'une fin commune, ce qui se présente en cas de communauté entre époux, de so-

(1) Besançon, 5 avril 1887, D. 88.2.222.

(2) Labbé ; Testoud, *Rev. crit.*, 1885.

ciété ne jouissant pas de la personnalité civile, de toute association n'ayant pas d'existence légale, ou que, née en dehors de la volonté des communistes, elle ait été prolongée en vertu d'une convention intervenue entre ces derniers, conformément à l'article 815, 2^e alinéa. Dans la première hypothèse comme dans la seconde, il est rationnel que la volonté d'un seul des intéressés ne puisse pas détruire ce qui n'a pu être formé que du consentement de tous. Dans la seconde il a cependant fallu un texte formel pour consacrer cette règle ; c'est que le texte immédiatement précédent, venait de poser le principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision ; cette disposition était évidemment inapplicable à l'indivision née à la suite d'un accord entre les indivisaires, mais elle serait appliquée à celle qui, ayant une cause différente, aurait été simplement maintenue conventionnellement. Il fallait donc établir une dérogation à la règle qu'on venait de poser. Des considérations pratiques l'ont motivée.

Il peut être en effet du plus haut intérêt pour les communistes de retarder la liquidation de leurs droits, en cas de minorité de l'un d'eux, par exemple, ou de crise commerciale ou politique, pendant laquelle les biens indivis se vendraient dans de très mauvaises conditions. Aussi cette exception existait-elle déjà en droit romain (1) et dans l'ancien droit (2). Mais on ne limitait

(1) D. loi 14, § 2 et 3, *Comm. div.*

(2) Pothier, *Successions*, chap. IV, art. 1, § 1.

pas le temps pendant lequel la suspension de l'action en partage ou en licitation était possible. Le Code en a décidé autrement.

b) Il se peut ensuite que la destination des biens indivis soit telle que l'on ne puisse mettre fin à la situation juridique dans laquelle ils se trouvent. Il en est ainsi lorsqu'une portion de terrain, commune à des propriétés contiguës, est nécessaire à leur exploitation ou à leur jouissance, de telle sorte que leur valeur en serait fort diminuée ou même supprimée si l'usage commun n'en n'était plus possible. Comme la précédente, cette solution remonte au droit romain et à l'ancien droit (1), et comme elle, également, elle a été motivée par des considérations d'intérêt pratique. Les tribunaux en ont fait de fréquentes applications (2).

. C'est au juge à décider si la chose indivise est indispensable à l'exploitation des propriétés voisines (3).

c) Enfin on ne peut mettre librement fin à l'indivision dans une hypothèse spéciale, prévue par une loi récente (4) : celle d'une habitation ouvrière, élevée suivant les conditions légales, et occupée, avant le décès du *de*

(1) Loi 19, § 1, *ibid.* ; Pothier, *Contrat de société*, n° 396.

(2) Portion de terrain servant de cave (Cass., 31 juill. 1872, S. 72.1.334) ; de puits (Cass., 17 mai 1887, S. 90.1.315) ; de cour (Cass., 21 oct. 1889, S. 90.1.203) ; d'allée (Bordeaux, 4 déc. 1835, S. 36.2.200) ; de ruelle (Agen, 18 janv. 1836, V. *Rép.*, D. *Succ.*, n° 4525) ; de chapelle (Cass., 13 août 1856) ; d'abreuvoir (Rennes, 15 août 1867, D. 68.5.308) ; de scierie (Lyon, 20 mars 1868, D. 68.2.131).

(3) Cass., 17 mai 1887 et 21 oct. 1889 précités.

(4) Loi du 30 novembre 1894 sur les habitations ouvrières, art. 8.

cujus, par celui-ci et son conjoint ou l'un de ses enfants.

3^e Nous avons vu que, pour qu'il y ait lieu à licitation, il faut, d'une part, qu'il y ait indivision, et de l'autre, qu'on ne se trouve pas dans l'un des cas exceptionnels où l'on ne peut mettre fin à cet état de choses. Ces deux conditions sont suffisantes pour la licitation amiable, qui en suppose d'ailleurs une troisième qui lui est spéciale, à savoir : que tous les communistes soient capables et s'entendent pour employer ce mode de procéder. Mais, si l'on doit recourir à la licitation judiciaire, il faudra en outre que la chose indivise ne soit pas partageable en nature, ou, tout au moins, qu'elle ne soit pas susceptible de se partager « commodément et sans perte » (1).

Nous sommes ainsi amené à examiner dans quels cas le partage peut se faire commodément, dans quels cas au contraire la licitation s'impose. Toutefois nous n'insisterons pas sur ce point, car il constitue avant tout une question de fait, à propos de laquelle l'appréciation des juges du fond est souveraine, échappant même au contrôle de la Cour suprême (2).

Les auteurs sont d'accord sur ce point. Aussi ne donnerons-nous ici que quelques notions générales tirées de l'ensemble des décisions rendues et des principes généraux.

Le vœu du législateur est certainement que le par-

(1) Art. 1686, C. civ.

(2) Cass., 3 février 1873, S. 73.1.313 ; 8 mars 1875, S. 75.1.301.

tage ait lieu en nature. Cette règle, posée en matière de partage de succession, se comprend surtout lorsque l'indivision a une telle cause, néanmoins elle a encore sa raison d'être dans les autres cas. On peut concevoir qu'un des communistes, plus riche que les autres, désire faire liciter le bien commun afin de pouvoir s'en rendre acquéreur à bon compte, ses coindivisaires n'ayant pas les ressources nécessaires pour soutenir les enchères, et les circonstances laissant prévoir que les tiers ne viendront pas surenchérir. Il y avait intérêt à ne pas permettre une telle manœuvre. Aux termes de nos lois, la licitation ne pourra avoir lieu, à moins d'accord unanime de la part des communistes, que si le partage en nature est impossible, particulièrement difficile, ou injuste. C'est aux juges, investis d'un pouvoir discrétionnaire, à examiner si, pour chaque cas particulier qui leur est soumis, ces circonstances se présentent ou si elles font au contraire défaut. La solution dépendra de l'examen de points nombreux et variés ; c'est ainsi que l'importance et la nature des différents biens indivis, le nombre des copartageants, la quotité de leurs droits respectifs, seront autant d'éléments dont il faudra tenir compte. Ainsi il y a deux immeubles à partager avec lesquels on ne peut faire que quatre lots, et il y a cinq communistes.

Ou bien, il y a deux immeubles d'égale valeur ou à peu près et deux communistes seulement, mais l'un d'eux n'a droit qu'à un quart et l'autre aux trois quarts.

Par contre, il paraît difficile de croire qu'il y ait lieu de s'occuper des éléments subjectifs, tels que la situation propre des communistes, leurs aptitudes particulières, leurs convenances personnelles, la répartition des lots se faisant par voie de tirage au sort.

De l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux et des déductions tirées par les auteurs, on peut tirer un certain nombre de règles qui éclairciront la matière :

Quand la loi exige, pour qu'on puisse ordonner la licitation, que le partage en nature ne puisse pas se faire « commodément », elle ne veut pas dire qu'il suffira de quelques minimales inconvénients pour faire considérer le partage comme « incommode ». Il ne faudra l'estimer tel que s'il présente des difficultés considérables ou s'il doit causer une dépréciation de la chose commune, ce qui entraînerait un préjudice commun. Il est nécessaire que le préjudice soit commun, car ce qu'il faut considérer, ce n'est pas l'incommodité que souffre une des parties, mais la perte qu'elles éprouveraient toutes du fait de la division (1). L'inégalité d'un lot peut en effet se compenser par une soulte, à condition toutefois que cette soulte ne soit pas trop élevée, car le copartageant à qui elle est imposée pourrait n'être pas en mesure de la payer (2).

De même, la nécessité d'établir une servitude ne doit

(1) Troplong, *De la vente*, II, p. 234.

(2) Bordeaux, 17 janv. 1831, S. 31.2.186 ; Chabot, art. 833 ; Toulhier, IV, 417 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 3204.

pas être considérée forcément comme rendant le partage *incommode*. Ce mode d'établissement des servitudes est même très ancien (1) ; il remonte au droit romain, et, en droit moderne, on en fait de fréquentes applications. L'incommodité apparaîtrait seulement si l'on était obligé de créer des servitudes trop nombreuses ou trop onéreuses (2).

Si l'on désirait formuler une règle générale au sujet des pouvoirs du juge en matière de licitation, on pourrait peut-être employer la formule suivante : *il y aura lieu de prononcer la licitation, toutes les fois qu'on ne pourra, au moyen du partage en nature, répartir entre tous les copropriétaires, les avantages que la chose leur procure dans son état d'indivision*. Ainsi, on devra recourir à la licitation, quand le partage entraînerait des morcellements trop considérables. L'article 826 du Code civil, qui autorise chaque copartageant à demander sa part en nature, doit être en effet combiné avec l'article 832, qui veut que, dans la formation des lots, on évite autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations. Il est certain, qu'en principe, nul ne doit être contraint d'aliéner sa part de biens en nature dans une masse commune, mais il en est exceptionnellement autrement dans les cas où le partage serait préjudiciable à tous ; de deux maux, il

(1) Ulpien, *Dig.*, liv. 22, lois 1 et 3 combinées, *Fam. ercisc.*

(2) Cass., 28 juin 1859, D. 60.5.258 ; Huc, V, 303 ; Dutruc, n° 369 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 3201.

faut choisir le moindre. On a fait une application de cette idée en décidant que la licitation doit être ordonnée :

Lorsqu'il s'agit d'un corps de ferme, et qu'on ne peut séparer les terres des bâtiments sans diminuer la valeur totale (1) ; lorsqu'il s'agit d'une propriété d'agrément de valeur modique, qu'on ne pourrait diviser sans une grande dépréciation (2) ; lorsque les biens indivis forment un tout dont une partie, détachée du reste, ne saurait être exploitée sans frais disproportionnés.

Si quelques-uns seulement des biens indivis sont impartageables, on peut ne liciter que ceux-là et partager les autres ; l'indivisibilité d'une partie d'entre eux n'entraînera pas forcément la licitation du tout (3).

D'autre part, quand l'indivision s'étend à la fois à des immeubles en nature et à des immeubles par destination, il faut envisager séparément les uns et les autres, car ils forment des corps distincts. Par suite, on peut ordonner le partage pour les uns et la licitation pour les autres, ou inversement (4).

Notons, pour terminer sur ce point, que le principe, d'après lequel le partage en nature est obligatoire quand il peut se faire commodément, a été consacré même au cas de titres de créance (5).

(1) Troplong, *Vente*, n° 863.

(2) Cass., 3 févr. 1873, S. 73.1.313.

(3) Paris, 19 janv. 1894, *Pand fr.*, 94.2.252.

(4) La question s'est posée notamment pour les ruches d'abeilles. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 3208.

(5) Riom, 11 avril 1856, S. 56.2.602.

Aux trois conditions requises pour qu'il y ait lieu à licitation, et que nous avons étudiées, on pourrait être tenté d'en ajouter une quatrième : que la chose indivise soit susceptible de licitation, car il y a des choses qui ne peuvent être licitées, mais elle ferait double emploi avec la précédente, car nous verrons précisément que les choses auxquelles nous faisons allusion sont susceptibles de partage. Il n'en serait autrement que dans le cas où, les choses indivises étant partageables, les communistes ne pourraient s'entendre pour se les distribuer.

CHAPITRE IV

OBJET DE LA LICITATION,

En principe, toutes choses peuvent être licitées. Il y a cependant quelques exceptions, elles portent sur des droits strictement personnels ou sur des choses n'ayant qu'une valeur « relative », c'est-à-dire n'ayant de prix qu'aux yeux d'un très petit nombre de personnes, ou enfin sur des choses qui ne sont pas dans le commerce.

Dans la première catégorie figurent les offices ministériels ; ils constituent en effet un droit essentiellement attaché à la personne (1).

Ne peuvent non plus être licitées parce qu'elles sont attachées, non pas à la personne, mais au fonds sur lequel elles ont été établies, les servitudes. Les personnes, autres que les titulaires du fonds dominant, ne sauraient les acquérir au moyen de la licitation, car les servitudes forment un rapport entre deux immeubles, et ne peuvent, ni être transportées sur un autre fonds que le fonds servant, ni être enlevées au fonds dominant pour être attribuées à un autre. Quant aux propriétaires de

(1) Dalloz, *Rép.*, V^o *Offices*, 368 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 2852.

celui-ci, ils ne peuvent liciter, même entre eux seulement, la servitude, séparément du fonds, car l'un d'eux ne saurait l'acquérir pour lui seul, les autres ayant besoin de l'exercer pour l'utilité de la partie de l'immeuble, autrefois commun, qui leur est échue en partage.

Dans la seconde catégorie, figurent les titres de noblesse, les insignes, les armes de guerre, les portraits de famille. Ces objets n'ont de valeur qu'à l'égard des personnes à qui ils ont appartenu dès l'origine, ou aux membres de leur famille ou de leur descendance ; tout au moins le prix qu'ils vaudraient aux yeux des tiers serait infiniment inférieur à celui qu'y attachent les communistes. On ne peut donc en faire l'objet d'une licitation ordinaire où les étrangers auraient le droit de surenchérir. Sans compter qu'il peut y avoir ici un intérêt moral à ce que ces objets ne passent pas en des mains étrangères (1).

Il en est de même pour la correspondance et les papiers domestiques. Mais le droit commun redevient applicable aux manuscrits destinés à l'impression, car ils ont alors une valeur « absolue », réelle à l'égard de tous.

Enfin, ne peuvent être licitées les choses qui ne sont pas dans le commerce ; ainsi les tombeaux de famille, le terrain privé, consacré à une sépulture de famille, quand d'ailleurs il ne dépasse pas les dimensions qui

(1) Paris, 19 mars 1864, S. 64.2.170 ; Lyon, 20 déc. 1861, S. 62.2.309 ; Fuzier-Herman, art. 826, nos 6, 10, 11 ; Le Sellyer, II, 1192.

conviennent à cette destination et aussi longtemps qu'il la conserve ; de même les terrains concédés dans les cimetières.

Une chapelle consacrée perpétuellement au culte et ouverte au public peut être licitée à condition qu'on insère dans le cahier des charges une clause imposant à l'acquéreur l'obligation de conserver à la chapelle sa destination ; mais les objets servant à l'exercice du culte ne sont pas susceptibles de licitation (1).

Les différents objets figurant dans les trois catégories précédemment énoncées ne sont pas, nous venons de le voir, susceptibles de licitation, mais il est à remarquer qu'ils sont susceptibles de partage. On trouvera donc toujours un moyen de les répartir entre les ayants droit. Il serait difficile d'imaginer des choses indivises, ayant une valeur quelconque, qui ne pussent être ni licitées ni partagées.

La licitation s'applique aux meubles comme aux immeubles. Dans l'ancien droit, il semble qu'elle n'était applicable qu'aux immeubles, d'après la définition que les anciens auteurs donnent de cette institution. Ferrière dit en effet (2) : « Licitation, c'est l'exposition à l'enchère qu'on fait d'un *immeuble*..... » De même Denizart (3) déclare : « Lorsqu'un héritage ou autre *immeuble*..... appartient à plusieurs personnes..., l'une

(1) Limoux, 4 juin 1890, *Pand. fr.*, 90.2.185.

(2) *Dict. de droit et de pratique*, V^o *Licit.*

(3) *Collect. de décis. nouv.*, V^o *Licit.*

d'elles peut provoquer la vente de la totalité, et cette manière de vendre s'appelle licitation. »

Cependant Pothier (1) emploie un terme beaucoup plus large :

Licitation vient du verbe latin liceri, qui signifie mettre à prix une chose, porter une enchère à une chose exposée en vente.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas le moindre doute en droit actuel. Le Code, il est vrai, tandis qu'il consacre, soit dans le Code civil (art. 827), soit dans le Code de procédure (art. 966-985) des articles à la licitation des immeubles, n'a parlé nulle part de la licitation des meubles, mais ce silence ne saurait faire décider, ni que les meubles ne sont pas susceptibles de licitation, ni qu'ils doivent être toujours licités. Il y a là une nouvelle conséquence de la règle *Res mobilis res vilis*. Le peu d'importance que présentaient, au moment de la rédaction du Code, les biens mobiliers, par rapport à la fortune immobilière, est la cause de cette omission du législateur, à qui la nécessité n'est pas apparue d'établir pour les meubles, en notre matière, une réglementation spéciale, mais il n'a pas entendu pour cela leur rendre la licitation inapplicable. A plusieurs reprises, à propos du partage, il a tracé des règles communes aux meubles et aux immeubles ; de plus, l'article 1636, traitant de la licitation, emploie le terme général de

(1) *Vente*, n° 637.

chose ; enfin l'article 575 vise nettement le cas d'une licitation mobilière. L'utilité de cette institution se fait d'ailleurs sentir pour les meubles comme pour les immeubles, et l'on comprendrait difficilement qu'on en réservât le bénéfice à ces derniers (1).

Toutefois, les licitations immobilières sont de beaucoup les plus fréquentes, aussi sera-ce toujours cette hypothèse que nous prendrons dans nos explications.

La licitation ne s'applique pas seulement aux choses corporelles, physiques, elle s'étend aussi aux droits : c'est même la seule manière de sortir d'embarras quand plusieurs titulaires d'un même droit (usufruit, usage..., etc.) ne peuvent ou ne veulent en jouir en commun.

Les rentes sur l'État sont-elles susceptibles de licitation ? Il a été jugé qu'en leur qualité de biens insaisissables, elles ne pouvaient être mises en vente (2). Cette décision est critiquable ; les rentes sur l'État, en admettant qu'elles soient soustraites à l'action des créanciers, peuvent néanmoins être vendues à la Bourse. D'ailleurs, la jurisprudence décide aujourd'hui que les textes relatifs à cette insaisissabilité doivent être interprétés restrictivement et, qu'ainsi entendus, ils ne prohibent que la saisie-arrêt (3). La saisie-exécution est donc possible, et par conséquent la licitation.

(1) Duranton, XVI, 471 ; Troplong, *Vente*, II, 875 ; Duvergier, II, 137 ; Guillouard, *Vente*, II, 730.

(2) Nîmes, 31 déc. 1890, *Gaz. Trib.*, 17 avr. 1891.

(3) Cass. civ., 2 juillet ; Req., 16 juill. 1894, S. 95.1.5 et note de

On dit parfois que les créances ne peuvent pas faire l'objet d'une licitation, la division en étant opérée de plein droit par la loi (art. 1220) ; cela n'est vrai que pour la licitation judiciaire, qui ne peut avoir lieu qu'au cas d'indivisibilité, mais cela n'est pas un obstacle à la licitation amiable, et en fait, la licitation des créances est fréquente.

Il en est de même, d'une façon générale, pour tous les droits divisibles.

Les mines peuvent-elles être licitées ? Il faut distinguer entre le cas où le propriétaire exploite lui-même la mine et celui où le droit d'exploitation a été concédé à un autre, à la charge de payer au propriétaire une certaine redevance. La deuxième hypothèse rentre dans le cas précédent, celui d'indivision portant sur un droit divisible ; la licitation amiable est seule possible. Dans la première, la licitation, même judiciaire, est applicable, l'article 7 de la loi du 21 avril 1810 prohibant seulement les modes de liquidation qui entraînent le morcellement de la concession et par suite l'impossibilité d'exploiter dans des conditions satisfaisantes (1).

Les brevets d'invention peuvent être licites (2), et suivant le droit commun, de sorte que la licitation ne

M. Lyon-Caen ; Cass. civ., 28 nov. 1897, S. 98.1.161 et note de M. Lyon-Caen.

(1) Cass., 21 avr. 1857, D. 57.1.190 ; 1^{er} juin 1859, D. 59.1.244 ; 18 nov. 1867, D. 67.1.450.

(2) Paris, 5 mars 1853, *Ann. de la propr. industr.*, 1853, p. 181.

pourra être ordonnée par justice que si l'exploitation divise est impossible (1).

En matière de propriété littéraire et artistique, les auteurs prohibent généralement la licitation, la renommée des collaborateurs exigeant qu'ils puissent seuls disposer de l'œuvre commune, et, s'ils sont en désaccord, empêcher tout au moins qu'il en soit fait un usage contraire à leurs vues (2). Mais il y a des arrêts en sens contraire (3).

Si la nature de l'indivision ou celle de la chose indivise influe sur la question de savoir dans quels cas la licitation est possible, il n'en est pas de même en principe de la qualité des personnes entre lesquelles existe l'indivision. Si la licitation n'est pas possible en cas de communauté conjugale ou de société, cela tient non pas à la qualité que présentent les communistes, d'associés ou d'époux communs en biens, mais à la nature conventionnelle que présente l'indivision.

Ainsi, l'article 815 s'appliquera certainement à l'indivision entre l'État et les particuliers, et à celle qui existe entre les communes ou sections de commune et les particuliers. Quant à l'indivision entre communes ou sections de commune, la négative est soutenue par quelques

(1) Cass., 1^{er} déc. 1858, S. 59.1.763 ; Dijon, 1^{er} mars 1865, S. 65.2.94 ; Lyon, 8 juillet 1881, *Mon. jud. Lyon*, 5 oct. 1881.

(2) Renouard, II, p. 218 ; Pouillet, n^o 112.

(3) Paris, 11 janvier 1845, P. 45.1.111 ; 3 déc. 1891, *Pand fr.*, 92.2.324 ; Toulouse, 19 juin 1890, *Gaz. trib. du Midi*, 22 févr. 1891.

auteurs (1), mais l'opinion contraire est plus généralement enseignée, d'après laquelle une des communes ou sections de commune, dûment autorisée par le Conseil de préfecture, peut, en vertu de l'article 815, forcer les autres au partage (2).

Outre des raisons d'analogie avec les autres cas d'indivision, on peut invoquer l'article 92, alinéa 2 du Code forestier : « Mais lorsque deux ou plusieurs communes possèdent un bois par indivis, chacun conserve le droit d'en provoquer le partage. »

Pour l'Algérie, un décret du 2 avril 1854 réglemente le partage et la licitation pour les biens indivis entre le domaine de l'Etat et les particuliers.

(1) Macarel, *Elém. de jurispr. adm.*, p. 167 ; Dufour, *Traité de dr. adm.*, III, p. 456 ; Proudhon, *Traité du dr. d'usage*, III, 825 ; Ducrocq, *Traité de dr. adm.*, 6^e éd., II, 1431, 1432.

(2) Foucart, *Elém. de dr. public*, III, 511 ; Aucoc, *Sect. de communes*, p. 303 et s., 341 ; Batbie, *Dr. adm.*, 2^e éd., V, 125 et s. ; Morgand, *Loi municipale*, art. 90 ; Brémond, *Rev. crit.*, 1889, p. 86 ; Béquet, *Rép. dr. adm.*, VI, 2729, 2743 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, éd. 1899, II, 2154.

CHAPITRE V

FORMES DE LA LICITATION. LA LICITATION PEUT ÊTRE AMIALE OU JUDICIAIRE.

SECTION I. — **Licitation amiable.**

La licitation amiable est celle qui s'opère en dehors de la justice. Elle ne peut avoir lieu que lorsque tous les communistes sont capables et d'accord sur tous les points. Elle ne comporte aucune forme spéciale, cependant il résulte de l'article 827 du Code civil qu'elle doit avoir lieu devant un notaire, sur le choix duquel les parties sont d'ailleurs absolument libres. Ce texte est ainsi conçu :

« Si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément, il doit être procédé à la vente par licitation devant le tribunal.

Cependant les parties, si elles sont toutes majeures, peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire sur le choix duquel elles s'accordent. »

Le deuxième alinéa est certainement relatif à la licitation amiable ; la preuve en est dans cette exigence que « toutes les parties soient majeures » ; on ne la comprendrait pas s'il s'agissait de la licitation judiciaire,

qui, ainsi que nous le verrons plus loin, peut, elle aussi, avoir lieu devant notaire, et cela malgré la présence d'incapables parmi les communistes.

La nécessité de cette unique formalité au cas de licitation amiable s'explique par cette double considération : d'une part que la vente aux enchères constitue une opération délicate et présente une aptitude remarquable à se prêter à la fraude quand elle n'est pas faite très régulièrement ; d'autre part que le législateur s'est, à maintes reprises, préoccupé d'assurer l'égalité entre les copartageants. La règle présentement étudiée est une nouvelle manifestation de cette préoccupation.

Il est à remarquer qu'on s'est appuyé sur cette règle pour soutenir (1) que la vente amiable aux enchères d'un immeuble « non indivis », ne saurait avoir lieu sans la présence du notaire, bien qu'il n'y ait pas de texte sur ce point.

L'article 1687 du Code civil dispose : « Chacun des cohéritiers est le maître de demander que les étrangers soient appelés à la licitation. » Ce texte est-il applicable même à la licitation amiable ? Nous ne le croyons pas. La licitation, comme tout autre acte juridique, ne peut être « amiable » que si les personnes entre lesquelles elle intervient sont d'accord sur tous les points. Ce mot même d'« amiable » suppose la convention ; or, il n'y

(1) Trib. Château-Thierry, 4 avril 1846, D. 47.2.68. Et dans un pourvoi en cassation d'ailleurs repoussé le 20 février 1843 ; D. *Rép.*, *Vente publique d'immeubles*, p. 460.

a pas de convention sans une entente des parties sur tout ce qui en fait l'objet. Il ne suffit donc pas, pensons-nous, qu'un des colicitants demande l'admission des étrangers pour que celle-ci soit de droit, il faut que tous s'accordent sur ce point comme sur les autres, ou alors la licitation n'est plus amiable, et il est nécessaire de s'adresser à la justice.

Cette interprétation n'est pas incompatible avec le texte ; celui-ci reconnaît à chaque communiste le droit de requérir la présence des étrangers, mais il n'ajoute pas « même au cas de licitation amiable ». Cette adjonction n'y est même pas contenue implicitement. Il faudrait pour cela qu'il déclarât, dans sa seconde partie, cette présence nécessaire dans toute licitation (auquel cas la première ne pourrait s'appliquer qu'à la licitation amiable), mais il ne la déclare telle que dans les licitations judiciaires « où figurent des mineurs ». Chaque fois que le Code exige une licitation « ouverte à tous », il s'agit d'hypothèse où il y a des mineurs parmi les colicitants (1).

Nous devons reconnaître toutefois que l'opinion contraire est très généralement admise (2).

En dehors de l'obligation de recourir aux offices d'un notaire, aucune formalité n'est imposée dans la licitation amiable. Cependant, aucas où les étrangers y

(1) V. art. 1687, 2^e al. ; 460 ; 839 C. civ.

(2) V. notamment, Troplong, *Vente*, n^o 867 ; Duranton XVI, 472 et 473 ; Bioche, *Dict. de Procéd. civ. et comm.*, V^o *Vente jud. d'imm.*

sont admis, il faut bien la porter à leur connaissance, sans quoi la décision prise de les admettre aux enchères serait toute platonique. Il sera donc nécessaire d'accomplir certaines formalités de publicité, qui consisteront dans l'annonce, par voies d'affiches, de l'adjudication, et dans le dépôt du cahier des charges chez le notaire.

SECTION II. — Licitations judiciaires.

La licitation judiciaire est celle qui a lieu en justice, comme son nom l'indique. Elle se présente dans trois cas :

1° Quand les communistes ne sont pas d'accord et ne peuvent, par suite, procéder à une licitation amiable.

2° Quand il y a parmi eux des mineurs, des interdits ou des absents ou non présents.

3° Lorsque, étant tous capables, ils conviennent de faire vendre les biens communs aux enchères devant le tribunal.

Dans les deux premiers cas, il est nécessaire de sous-entendre l'impossibilité d'arriver à un partage en nature équitable. Dans le dernier, cette condition n'est pas exigée ; le tribunal n'a pas à s'en occuper, car il se trouve en face de la volonté des intéressés, manifestée sous la forme d'une convention licite, et il ne peut que l'enregistrer. Une telle convention est licite, en effet, car l'article 743 du Code de procédure, en vertu duquel

les immeubles, appartenant à des personnes pleinement capables, ne peuvent être mis aux enchères en justice, quand il ne s'agit pas de ventes volontaires, est inapplicable en notre matière, où des majeurs, en instance dans une action en partage, conviennent de faire vendre les immeubles indivis par licitation devant le tribunal (1).

C'est que la situation est toute différente, et que les motifs qui ont amené la prohibition contenue dans l'article 743 n'existent pas ici. La vente sur saisie entraîne une série de dérogations au droit commun : elle purge les hypothèques inscrites, et, en sa qualité de vente en justice, n'est pas susceptible de rescision pour cause de lésion (2).

La licitation ne produit au contraire que les effets d'une vente simple, et, quand elle intervient entre majeurs, elle est rescindable pour lésion.

Quant aux avantages que les parties peuvent trouver à employer ce moyen, ils sont parfois fort appréciables. Une vente de cette nature se fait dans des conditions de très large publicité, et la faculté accordée aux vendeurs de faire une surenchère du sixième (3) permet de fixer une mise à prix très basse et d'attirer ainsi un grand nombre d'enchérisseurs.

Le tribunal, lorsqu'il ordonne la licitation, peut ren-

(1) C. Bordeaux, 1^{er} juin 1832, *J. arr. Bordeaux*, 1832, p. 322.

(2) Art. 1684, C. civ.

(3) Art. 973, C. proc. civ.

voyer l'opération, soit devant un de ses membres, soit devant un notaire. Il y a, toutefois, dans les textes relatifs à ce point, des différences de rédaction qui ont donné lieu à des difficultés. C'est ainsi que l'article 827 du Code civil dispose :

« Si les immeubles ne peuvent se partager commodément, il doit être procédé à la vente par licitation, devant le tribunal.

Cependant les parties, *si elles sont toutes majeures*, peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire sur le choix duquel elles s'accordent. »

D'autre part l'article 839 est ainsi conçu : « S'il y a lieu à licitation dans le cas du précédent article (c'est-à-dire lorsqu'il y a parmi les communistes des absents, des mineurs ou des interdits), *elle ne peut être faite qu'en justice* avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs. Les étrangers y sont toujours admis. »

Il semble résulter de ces deux textes que la licitation ne peut avoir lieu que devant le tribunal, quand tous les communistes ne sont pas majeurs. Mais d'autres textes montrent que, même en ce cas, elle peut être renvoyée devant un notaire : ce sont d'abord les articles 459 et 460 du Code civil, 954 du Code de procédure, relatifs à la vente des biens des mineurs, et auxquels se réfère, par conséquent, l'article 839 du Code civil cité plus haut : ils déclarent qu'une telle vente se fait aux enchères, et que celles-ci sont reçues « *soit par un mem-*

bre du tribunal, soit par un notaire à ce commis ». C'est ensuite l'article 970 du Code de procédure ainsi conçu : « En prononçant sur cette demande (en partage) le tribunal ordonnera par le même jugement le partage, s'il peut avoir lieu, ou la vente par licitation, qui sera faite devant un membre du tribunal *ou devant un notaire*, conformément à l'article 854 (1^{er} al.). »

Comment concilier ces différents textes, qui parlent de renvoi facultatif devant un notaire, d'une part avec l'article 839 du Code civil, déclarant que s'il y a, au nombre des copartageants, des mineurs, des interdits ou des absents, la licitation ne peut être faite qu'en justice, et d'autre part avec l'article 827 du Code civil, qui semble dire que la licitation ne peut avoir lieu devant un notaire que si toutes les parties sont majeures ? On peut les concilier avec l'article 839 en faisant remarquer que lorsque la licitation est renvoyée devant un notaire commis par le tribunal, elle ne cesse pas pour cela d'être judiciaire, cet officier ministériel agissant alors, non pas en vertu de la volonté des parties, mais en vertu de la mission que lui a confiée la justice. D'un autre côté on peut les concilier avec l'article 827 en faisant observer que le 2^e alinéa de ce texte n'est relatif qu'à la licitation amiable ; quand elle est demandée en justice, il ne s'oppose nullement à ce que le tribunal le renvoie devant un notaire commis, même en présence d'incapables.

Cette apparente contradiction dans les textes a donné lieu à des divisions dans la jurisprudence :

Dans un premier système, elle décide que le renvoi de la licitation d'immeubles appartenant à des mineurs doit avoir lieu devant un notaire si le tuteur et le conseil de famille sont d'accord pour le demander (1) ; du moins que les juges ne peuvent en ce cas repousser la demande sans motiver d'une façon précise leur décision et sans indiquer les circonstances particulières qui l'ont provoquée (2).

Dans un 2^e système, la règle que la vente par licitation doit être opérée devant le tribunal ne pourrait recevoir d'exception que dans le cas où des circonstances de fait, telles que l'éloignement des immeubles ou leur peu d'importance, permettraient de prouver que la vente sur les lieux, devant un notaire commis serait plus avantageuse (3).

La Cour de cassation a adopté un 3^e système : elle décide que les tribunaux ont, à ce sujet, un pouvoir discrétionnaire, et peuvent, suivant le cas, ordonner la vente sur licitation dans l'une ou l'autre forme.

Il est en effet certain que, selon les circonstances de fait en présence desquelles on se trouvera, il sera plus avantageux, tantôt de procéder à la licitation à la barre, devant le tribunal, tantôt de déléguer un notaire pour recevoir les enchères.

(1) Grenoble, 23 déc. 1858, S. 60.2.417 ; Rennes, 4^{re} août 1859, *Ibid.*

(2) Grenoble, 1858 précité ; 21 juin 1859, S. 60.2.417.

(3) Lyon, 17 déc. 1874, S. 76.2.16.

Ainsi, quand les biens communs sont en petit nombre, de faible contenance, et de peu de valeur, il y a intérêt à ce que la licitation ait lieu à proximité des habitants, qui se déplaceraient difficilement pour des fonds de ce genre, et, par conséquent à ce qu'il y soit procédé devant le notaire de l'endroit.

Il est à remarquer toutefois que, lorsque le tribunal use de la faculté, qui lui est reconnue, de prononcer le renvoi devant un notaire, il n'est pas tenu de choisir le notaire de la situation des biens ; il peut, dans l'intérêt des parties, et d'accord avec elles, en choisir un autre, dans une localité voisine, soit à raison de l'importance de cette localité, où les enchérisseurs seront par suite plus nombreux, soit à raison de la défiance qu'inspire aux communistes le notaire de l'endroit.

Le même mode se recommandera lorsqu'il importera que la licitation ait lieu un dimanche.

Au contraire, il y a lieu pour les juges de retenir la vente à la barre, quand elle a pour objet une propriété importante mise aux enchères en un seul lot, attendu que les acquéreurs, qui, en pareil cas, ne sont pas des voisins, vraisemblablement, arriveront plus facilement au tribunal de chef-lieu d'arrondissement que dans la commune rurale où sont situés les biens (1).

(1) Sur tous ces points, V. Cass., 20 janvier 1880, S. 80.1.209 ; Chauveau, *Quest.* 2504-4^e ; Bioche, *Dict. de Procéd.*, V^o *Vente jud.*, n^o 27 ; Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, *Procéd. civ.*, II, p. 1147 ; Rousseau et Laisney, V^o *Vente jud. d'immeubles*, n^o 1406 ; Fuzier

Lorsque le tribunal prononce le renvoi devant un notaire, celui-ci n'agit plus en la même qualité que dans la licitation amiable. On peut dire qu'il *procède* à la licitation amiable, tandis qu'il *préside* à la licitation judiciaire. Dans le premier cas, il agit en qualité d'officier ministériel, par suite, l'adjudication ne sera définitive que lorsque le procès-verbal qu'il en dressera sera signé de toutes les parties ; si cette formalité n'est pas remplie, l'acte est nul, en vertu des articles 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI. Il en résulte que, tant que les signatures ne sont pas données, l'adjudicataire peut retirer son offre, de même que les colicitants peuvent reprendre la leur. Dans le second cas, au contraire, il agit en qualité de délégué du tribunal, et l'acte qu'il rédige n'est pas un acte notarié ; aussi ce procès-verbal fait-il foi jusqu'à inscription de faux indépendamment de la signature des parties, comme celui que dresse le juge quand l'adjudication se fait devant un membre du tribunal. La présence et le témoignage du magistrat ou de l'officier public agissant comme magistrat, par suite de la délégation de justice, suffisent, en dehors de toute signature, pour constater la formation du contrat (1).

On sait qu'au cas d'indivision née d'une succession,

Herman, art. 839, nos 4 et 2 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, 3210.

(1) Troplong, *Vente*, nos 868 et 872 ; Chauveau et Carré, *Quest.* 2505-7° ; Dutruc, nos 50 et 393.

les créanciers personnels des héritiers (mais non ceux de la succession) ont le droit de demander le partage ou la licitation ; peuvent-ils, quand tous les communis-tes sont majeurs et d'accord pour liciter amiablement, exiger que la licitation ait lieu dans la forme judiciaire ? La question doit être résolue négativement. Aucun texte ne leur accorde une pareille prérogative, et c'est avec raison, car ils sont suffisamment armés, la loi les autorisant à intervenir à l'acte, et à former à cet effet une opposition (1).

Qui peut se rendre adjudicataire ?

En principe, toute personne à qui la loi ne le défend pas (2) ; mais elle l'interdit à deux catégories d'individus : la première comprend les incapables de droit commun ; ils ne peuvent pas enchérir par eux-mêmes, mais seulement par représentation, et à condition d'observer les prescriptions légales. La seconde est composée d'un certain nombre de personnes qui sont frappées d'une incapacité spéciale par les articles 711 du Code de procédure et 1596 du Code civil ; à la différence des précédentes, ces personnes ne peuvent même pas enchérir au moyen de représentants.

L'article 711 du Code de procédure, qui figure au titre de la *saisie immobilière*, mais qui est applicable également en notre matière en vertu des articles 964 et

(1) Poitiers, 10 juin 1851, S. 51.4.609 ; Demolombe, XV, 604 ; Aubry et Rau, VI, p. 538, § 623 ; Laurent, X, 300.

(2) Arg. art. 1594, C. civ.

972 du Code de procédure, défend de se rendre adjudicataires :

1° Aux membres du tribunal où se fait la licitation. La loi a craint que les magistrats n'abusent ou ne soient tentés d'abuser de leur situation pour écarter les enchérisseurs et acquérir à bas prix ;

2° Aux personnes notoirement insolvable. L'insolvabilité de l'adjudicataire entraîne en effet de graves inconvénients ; elle peut causer un grand préjudice aux colicitants, obligés de revendre sur folle enchère, peut-être à un prix inférieur à celui qu'ils avaient obtenu, en tous cas après seulement le délai légal accordé à tout adjudicataire pour s'acquitter, ce qui permet à ce dernier d'accomplir dans cet intervalle des actes de mauvaise administration, d'autant plus désastreux que le recours que l'on aura contre lui ne sera jamais effectif ;

3° A l'avoué du poursuivant.

La sanction des incapacités édictées par l'article 711 consiste dans la nullité de l'adjudication avec dommages-intérêts tant contre l'adjudicataire incapable que contre l'avoué qui a porté ses enchères.

L'article 1596 du Code civil établit également des incapacités :

Le tuteur de l'incapable est expressément visé par ce texte : il ne peut pas « se rendre adjudicataire, sous peine de nullité, ni par lui-même, ni par personnes interposées, des biens de celui dont il a la tutelle ». Toutefois cette disposition ne lui est pas applicable lorsqu'il se

trouve lui-même être un des communistes. Il peut alors se prévaloir de l'article 815 du Code civil, d'après lequel « nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision, d'autant plus qu'en pareil cas il perd temporairement sa fonction, qui est exercée par le subrogé-tuteur ».

On sait qu'il n'y a pas indivision si le tuteur a l'usufruit d'un bien dont le pupille a la nue propriété ; pourtant un arrêt de Montpellier (1) autorise ici le tuteur à se rendre adjudicataire. Il est fort criticable.

Un autre arrêt (2) donne, dans le même cas la même solution, en se fondant, non plus sur l'indivision, mais sur cette circonstance que la solution contraire équivaldrait à une véritable expropriation des droits du tuteur « puisqu'elle le placerait dans l'impossibilité de défendre ses intérêts à la chaleur des enchères ».

La prohibition s'applique non seulement au tuteur du mineur mais aussi à celui de l'interdit (légalement ou judiciairement) la loi parlant de tuteur et de tutelle, sans préciser.

Elle est également étendue, par tous les auteurs, pour la même raison, au co-tuteur, au protuteur, et au tuteur officieux.

Pour le père, administrateur légal, il y a controverse.

Suivant une opinion, on ne doit pas lui appliquer l'article 1596, parce que ce texte consacre une exception, et que, par suite l'interprétation stricte est de ri-

(1) Du 10 juin 1862, S. 62.2.401.

(2) Cour de Paris, 12 avril 1856, S. 56.2.406.

gueur. Suivant une autre, qui nous paraît préférable, on fait l'extension ; celle-ci est en effet conforme à l'esprit de la loi qui a voulu éviter de placer le représentant d'un incapable entre son intérêt et son devoir, et elle n'est pas contraire à sa lettre, car, si le texte ne vise dans le premier alinéa que le « tuteur », elle frappe de la même prohibition, dans le deuxième, les « mandataires », et l'administrateur est un mandataire légal. MM. Aubry et Rau (1) objectent que lorsqu'il se rend adjudicataire d'un bien de son pupille, il cesse momentanément d'être son mandataire, car il y a lieu, dans ce cas, en raison de l'opposition d'intérêts, à la nomination d'un tuteur *ad hoc*, mais cette circonstance se présente également pour le tuteur, et elle n'a pas empêché la loi d'édicter une défense formelle.

Pour le subrogé-tuteur, il y a également controverse. Suivant les uns, l'article 1596 ne le nommant pas, il y a lieu d'appliquer l'article 1594, d'après lequel « tous ceux à qui la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre ». Cette opinion est d'ailleurs logique de la part de ceux qui admettent que la présence du subrogé-tuteur à l'adjudication n'est pas indispensable (2). Suivant les autres, le subrogé-tuteur doit assister à l'adjudication pour protéger les intérêts du mineur, ne peut-on pas dire dès lors qu'il est « chargé de vendre », ce qui le ferait tomber sous le coup de l'article 1596, 2^e alinéa.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 347.

(2) Aubry et Rau, précité.

La solution contraire aurait pour conséquence de le placer entre son intérêt et son devoir, ce que la loi a voulu éviter (1). La question est toutefois très controversée ; la jurisprudence, quoique divisée, elle aussi, sur ce point, tend plutôt à l'opinion contraire, ainsi que l'indiquent les derniers arrêts (2).

Quant aux époux, chacun d'eux peut se porter adjudicataire sur licitation d'un immeuble appartenant à l'autre par indivis (3), malgré la prohibition de l'article 1595 relatif d'ailleurs à un cas différent, celui d'une simple vente, qui présente des dangers n'existant pas ici.

(1) Demolombe, XV, 375 ; Troplong, *Vente*, I, 187 ; Delvincourt, III, 126 ; Magnin, *Des Minorités*, II, 1185 ; Lyon, 7 déc. 1821, D. 25. 1.324 ; Riom, 25 févr. 1843, D. 43.2.147.

(2) Cass., 27 déc. 1852, D. 52.1.314 ; Agen, 13 juin 1853, D. 53.2. 183 ; Grenoble, 4 janv. 1854, D. 55.2.238. — En ce sens, Duranton, XVI, n° 134 ; Duvergier, *Vente*, I, 188 ; Aubry et Rau, II, p. 496, note 5 ; Marcadé, art. 1596, note 1.

(3) Arg. art. 1408.

DEUXIÈME PARTIE

EFFETS DE LA LICITATION

Les effets de la licitation varient avec la personne de l'adjudicataire : si celui-ci est un des communistes, elle est considérée comme un acte de partage ; si, au contraire, c'est un étranger, elle constitue une vente. Selon l'un ou l'autre cas, les conséquences qui découleront de l'opération intervenue, seront donc différentes.

Si l'adjudicataire est un communiste, l'effet déclaratif se produit. Il en résulte que : 1° les hypothèques et autres droits réels dont l'immeuble licité a été grevé pendant l'indivision par les autres colicitants, tombent comme ayant été constitués *a non domino* ; 2° il ne peut avoir résolution pour défaut de paiement du prix ; 3° il suffit, pour que l'acte soit rescindable, qu'il y ait lésion de plus du quart ; 4° le paiement du prix est garanti par le privilège du copartageant ; 5° il n'y a pas lieu à transcription.

Si l'adjudicataire est un étranger, c'est l'effet translatif qui se produit, d'où : 1° les droits réels consentis

pendant l'indivision, sont maintenus ; 2^o l'adjudication est résoluble pour non-paiement du prix ; 3^o il faut une lésion de plus des sept douzièmes, pour que la rescision soit possible ; 4^o c'est le privilège du vendeur qui garantit le paiement du prix ; 5^o l'acte doit être transcrit ; 6^o la folle enchère peut être poursuivie sans qu'il soit besoin d'insérer de stipulation dans le cahier des charges.

CHAPITRE PREMIER

L'ADJUDICATION A EU LIEU AU PROFIT D'UN COMMUNISTE.

SECTION I. — Effet déclaratif.

La licitation entraîne l'effet déclaratif, comme le partage, et, de même que celui-ci, le fait naître quelle qu'ait été la nature de l'indivision, bien que le principe n'ait été posé qu'en matière de succession. La tradition est en ce sens, et d'ailleurs les articles du Code montrent en plusieurs endroits, de façon certaine, que les règles posées en matière de partage de succession ont une portée générale. C'est ainsi que les textes se bornent à y renvoyer, quand ils s'occupent du partage de communauté (art. 1476) et du partage de société (art. 1872). D'autre part, l'article 2109, relatif à la conservation du privilège institué par la loi pour garantir le paiement des soultes ou du prix des licitations, s'exprime ainsi : « Le cohéritier ou le copartageant ». Enfin, le Code, n'ayant posé nulle part ailleurs de règles pour le partage, si on ne reconnaît pas à celles qu'il a établies au titre des Successions une portée générale, lesquelles appliquera-t-on quand il s'agira d'autres partages ?

La généralisation de l'article 883 est du reste universellement admise (1).

L'assimilation, quant à l'effet déclaratif, de la licitation au partage était logique, étant donné le lien très étroit qui unit ces deux actes, pourtant elle n'a pas été faite immédiatement. C'est que la justification de la règle nouvelle était beaucoup plus difficile à l'égard du premier qu'à l'égard du second, à raison de la ressemblance frappante qu'il présente avec la vente. Les deux opérations ont en effet la même conséquence : attribuer, moyennant une somme d'argent, un droit à une personne sur une chose. Aussi, au XVI^e siècle, alors que la théorie du partage déclaratif venait d'être consacrée (2), l'effet déclaratif de la licitation était-il encore repoussé par la jurisprudence civile. Mais les juriconsultes, et en particulier Dumoulin, firent remarquer que la licitation devait être assimilée au partage, attendu qu'elle constituait comme lui une aliénation nécessaire quand la chose commune ne pouvait se diviser (3). Toutefois cet auteur n'admettait cette assimilation qu'au cas où la licitation n'était intervenue qu'entre les communistes. Il la repoussait quand des étrangers y avaient pris part, alors même qu'ils ne s'étaient pas portés adjudica-

(1) Cass., 8 février 1893, D. 93.1.588 ; Duranton, VII, 522 ; Marcadé, art. 883, n° 2 ; Demante, III, 225 *bis* I ; Demolombe, XVII, 266 ; Laurent, X, 402.

(2) Arrêts des 16 janvier 1569, 20 juillet 1574, 12 août 1595.

(3) Dumoulin se ralliait en effet à la théorie, généralement admise alors, de l'aliénation nécessaire.

taires, car, selon lui, l'opération ne pouvait être considérée comme nécessaire que dans le premier cas, la présence d'étrangers n'étant à aucun titre indispensable. Il abandonnera, du reste, cette distinction peu de temps après l'avoir formulée : elle eût soulevé de graves objections et eût conduit notamment à voir une vente dans toute licitation intéressant des mineurs. Il est assez curieux de remarquer en passant qu'il s'est trouvé, de nos jours, une Cour d'appel pour la reprendre. La Cour de Toulouse a en effet jugé que lorsque l'adjudication sur licitation entre cohéritiers a eu lieu avec le concours d'étrangers, elle constitue une vente, même à l'égard du cohéritier adjudicataire. « Les principes relatifs à la vente doivent seuls régir ce contrat, dit cet arrêt, l'adjudicataire, quel qu'il soit, n'ayant et ne pouvant avoir d'autre qualité que celle d'acquéreur » (Toulouse, 12 février 1846, D. 46.2.94).

Cette décision extraordinaire n'a d'ailleurs pas fait école. Un acte doit être interprété en lui-même et non d'après les circonstances qui l'ont accompagné.

L'assimilation de la licitation au partage, quant à l'effet déclaratif, fut consacrée par l'article 80 de la coutume de Paris, réformée : « Si l'héritage ne se peut partir entre cohéritiers et se licite par justice, sans fraude, ne sont dues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux, mais s'il est adjugé à un étranger, l'acquéreur doit ventes. »

Il est à remarquer toutefois que cette règle ne fut pas

introduite du premier coup : il fallut, pour y arriver, franchir plusieurs étapes successives. C'est ainsi qu'au début le communiste adjudicataire n'était exempt des droits de mutation que pour la part qui lui appartenait, avant la licitation, sur le bien commun. C'est dans cette proportion seulement qu'on admettait l'effet déclaratif ; et, en somme, c'était conforme à la réalité, car, dans une adjudication sur licitation, s'il y a déclaration de propriété dans la mesure où l'adjudicataire était auparavant copropriétaire, il y a, non moins certainement, translation pour le reste. On est arrivé à considérer qu'il se produisait déclaration de propriété pour le tout, mais c'est une fiction établie dans un but d'utilité pratique.

Une fois admise en matière fiscale, la règle de l'effet déclaratif devait fatalement s'introduire dans la législation civile. Ce ne fut pourtant pas sans difficultés ; les jurisconsultes en triomphèrent, et en particulier Lebrun, il disait notamment (1) que la licitation « n'est pas un contrat principal, mais un accessoire et une dépendance du partage... On ne fait qu'ôter l'indivis et la communauté, ce qui ne se peut appeler autrement qu'un partage. Et quand un héritier a le total de l'héritage par l'avènement de la licitation, on présume que tout lui appartenait dès le commencement. »

La jurisprudence finit par se fixer en ce sens (2). Au

(1) Lebrun, *Traité des successions*, liv. IV, chap. I, n° 35.

(2) Décisions du 9 mars 1722, du 3 mars 1743 et du 10 juin 1761.

temps de Pothier la question n'était même plus discutée.

En droit actuel, le Code civil met la licitation sur le même rang que le partage, au point de vue de l'effet déclaratif. Il est vrai que le projet de la commission du gouvernement, en l'an VIII, n'avait pas mentionné la licitation, mais l'article 883 a réparé cet oubli ; sa rédaction est aussi formelle que possible.

L'effet déclaratif est attaché à la licitation amiable aussi bien qu'à la licitation judiciaire. La tradition est en ce sens. L'article 80 de la coutume de Paris ne parlait, il est vrai, que de la licitation judiciaire, mais on en étendit le texte à la licitation amiable. Pothier (1) enseigne que l'effet déclaratif s'attache à la licitation, « soit que l'héritage licité n'ait pu absolument se partager, soit qu'il ait pu absolument se partager, mais que les parties aient jugé plus à propos de le liciter ».

Quelques auteurs ont cependant soutenu, de nos jours, l'opinion adverse, en se fondant, d'une part, sur cette particularité que le mot *licitation* désigne souvent la vente en justice, et d'autre part, sur cette considération, qu'avec la solution opposée, on fournit aux copartageants un moyen facile de fraude au préjudice des créanciers hypothécaires (2).

La presque unanimité des auteurs et la jurisprudence sont en sens contraire (3). La licitation amiable est un

(1) *Traité de la commune*, n° 147.

(2) Belost-Jolimont sur Chabot, art. 883, obs. 3 ; Vazeilles, art. 883, n° 2 ; Grenier, *Traité des hypothèques*, I, 158.

(3) Grenoble, 20 janvier 1893, D. 93.2.127 ; Delvincourt, t. II,

mode de partage comme la licitation judiciaire ; elle doit donc, au même titre que celle-ci, bénéficier de l'effet déclaratif. D'ailleurs, l'article 833 est conçu dans les termes les plus généraux et englobe les deux variétés de licitation. Quant aux dangers prétendus, la loi offre aux créanciers le moyen de s'y soustraire, grâce au droit d'opposition et d'intervention qu'elle leur reconnaît dans l'article 882.

Un auteur (1), s'appuyant sur l'article 827, a refusé à la licitation l'effet déclaratif quand elle intervenait à propos de biens partageables en nature. Mais l'article 883 est, comme nous l'avons dit, conçu dans les termes les plus généraux, et assimile, d'une manière absolue, la licitation au partage.

Nous avons dit que la licitation produit l'effet déclaratif quand l'adjudication est prononcée au profit d'un communiste. Tel est le principe en effet, mais il est une hypothèse où son application donne lieu à de grandes difficultés : c'est celle où l'opération ne met pas fin à l'indivision d'une manière absolue. La question se pose d'ailleurs d'une façon générale pour le partage et pour tout acte équivalent : est-il nécessaire, pour que l'effet déclaratif se produise, que l'acte intervenu ait fait cesser l'indivision *vis-à-vis de tous les communistes* ? (C'est

p. 53, note 4 ; Demante, III, 225 *bis* III ; Dutruc, nos 40 et 543 ; Demolombe, XVII, 278 ; Huc, V, 442 ; Le Sellyer, III, 1789 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 4332.

(1) Toullier, IV, § 563.

la signification que prennent ici les mots *cessation absolue de l'indivision*, car ils ne peuvent signifier que l'indivision doive prendre fin à l'égard de tous les biens communs, puisque l'article 883, qui traite de l'effet déclaratif, assimile formellement à ce point de vue la licitation au partage, et que celle-ci, toutes les fois que les biens indivis forment une masse, n'a pour objet qu'une partie de ces derniers [du moins si elle est judiciaire], ceux qui sont impartageables, ou qu'aucun des copartageants ne peut ou ne veut prendre.)

Plus spécialement, étant donné le but de notre étude, la licitation produit-elle encore l'effet déclaratif quand l'adjudication est prononcée au profit de plusieurs colicitants? La question est très controversée; plusieurs théories sont en présence: l'une admet l'affirmative, l'autre la négative, et quelques-unes adoptent des solutions intermédiaires.

Celle qui exige la cessation absolue de l'indivision est soutenue par un grand nombre d'auteurs, et, en outre, consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation (1).

On fait valoir en sa faveur les arguments suivants :

(1) V. Aubry et Rau, VI, § 625, p. 559, n° 2; Marcadé sur l'article 883, II, et sur l'article 1688, II; Belost-Jolimont sur Chabot, article 883, obs. 1; Fouet de Conflans, sur l'article 883, n° 4; Duranton, VII, 522 *bis*; Demante, III, 522 *bis* 2; Dutruc, nos 36 et suiv.; Demolombe, XVII, 234 et suiv.; Huc, V, 446. Quant aux arrêts de cassation, la liste, trop longue pour être rapportée ici, se trouve dans S. 91.1.417 jusqu'à 1890 et dans S. 96.1.481, pour les arrêts postérieurs.

D'une part, l'article 883, qui pose le principe de l'effet déclaratif, contient une double fiction, dont les deux termes sont en quelque sorte corrélatifs ; chaque copartageant est censé avoir eu, depuis le jour où l'indivision a pris naissance, la propriété des biens compris dans son lot, mais, par contre, n'avoir jamais été propriétaire de ceux qui sont échus à ses copartageants. L'une ne va pas sans l'autre ; c'est parce que les autres communistes sont considérés comme n'ayant jamais eu de droits sur les biens échus à l'un d'eux, que celui-ci peut être regardé comme en ayant toujours eu. Or, quand l'indivision a subsisté entre plusieurs, on ne peut imaginer que ceux-ci aient toujours été seuls propriétaires des biens tombés dans leurs lots, puisque ces lots n'ont pas été formés ; il en résulte qu'on ne peut admettre que ceux qui sont sortis de communauté n'ont jamais eu la propriété des objets qui ne leur sont pas échus.

D'autre part, d'après l'opinion la plus répandue, l'article 883 consacre une fiction, et contient, par là, une dérogation au droit commun ; à ce titre, il demande à recevoir l'interprétation restrictive. Or quels sont les termes qu'il emploie ? *Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.* Ces expressions ne semblent-elles pas indiquer que la loi a voulu viser exclusivement les actes qui mettent fin à l'indivision d'une manière absolue,

et par suite desquels *chaque cohéritier* a sa part ? On répond, il est vrai, que cet argument de texte est détruit par les articles 888 et 889, le premier décidant que l'action en rescision pour lésion est admise *contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers...*, et le second, portant que *l'action n'est pas admise contre une vente de droits successifs faite sans fraude, à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux*, ces deux dispositions visant aussi, sans aucun doute, le cas où l'indivision ne cesse que d'une manière relative. Mais l'objection tirée de ces articles ne porte pas parce qu'ils ont été rédigés à un point de vue tout différent de celui auquel s'est placé le législateur, dans l'article 883. Ils ont pour but de maintenir l'égalité entre les copartageants, et se préoccupent de la seule question de savoir si l'égalité a été violée. L'un des communistes étant sorti d'indivision en recevant sa part, cette part a-t-elle été déterminée dans des conditions suffisantes d'équité ? Telle est la seule chose à examiner. On comprend dès lors qu'il importe peu que l'acte par lequel ce communiste est sorti d'indivision ait mis fin à celle-ci d'une manière absolue ou d'une manière relative. Dans un cas comme dans l'autre, si l'égalité a été violée, il y a lésion, et l'action en rescision est recevable. L'article 883 au contraire a pour but de régler les rapports des copartageants les uns avec les autres, et les rapports de chacun d'eux avec les ayants cause

dés autres ; on conçoit qu'ici la loi exige la cessation absolue de l'indivision parce que cela influe sur ces rapports.

D'ailleurs, dit-on, il est de l'essence même du partage que celui-ci ait lieu à l'égard de tous les communistes. En quoi consiste-t-il en effet ? dans la cessation de l'indivision ; il y a partage quand l'indivision a pris fin ; or celle-ci a cessé quand le droit indivis, né au profit de chacun des communistes sur l'ensemble des biens communs, s'est transformé en un droit divis sur une partie de ces biens. Chacun des communistes n'acquiert un droit divis sur une portion du tout qu'en renonçant à son droit indivis sur ce tout. Conçoit-on dès lors un partage n'entraînant qu'une cessation partielle de l'indivision ?

On peut encore invoquer en faveur de la théorie de la Cour de cassation les articles 2103 et 2109, le premier organisant un privilège sur les immeubles de la succession pour la garantie des partages et des soultes et retours de lots, le second déclarant que ce privilège porte sur « chaque lot » ou bien licité. Sur quels biens et dans quelle mesure s'exercerait-il si l'indivision subsistait encore partiellement ? Faudrait-il, pour pouvoir l'exercer, provoquer le partage définitif ? Mais alors c'est qu'il n'y aurait pas encore eu partage.

Enfin on peut s'appuyer sur l'article 1^{er}-4^o de la loi du 23 mars 1855. Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens « ... 4^o tout jugement

d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit *d'un* cohéritier ou *d'un* copartageant ». Il en résulte en effet, *a contrario*, que le jugement d'adjudication doit être transcrit quand l'adjudication a eu lieu au profit de deux ou de plusieurs cohéritiers. Ce texte ne fournit, il est vrai, qu'un argument *a contrario*, mais si les arguments de ce genre sont faibles en principe, ils ont plus de poids, semble-t-il, quand c'est pour rentrer dans la règle et non pour en sortir, qu'on les cite à l'appui d'un raisonnement. Or, ici, nous sommes bien en matière exceptionnelle, car la licitation constitue en réalité une vente, et ce n'est que par une fiction qu'on lui fait produire l'effet déclaratif. Et l'on rentre bien dans la règle lorsqu'on décide qu'en dehors des cas strictement prévus par la loi cet effet déclaratif ne doit plus se produire.

Les différents arguments qu'on peut faire valoir à l'appui de cette théorie se trouvent réunis dans un arrêt de Cassation (1) très fortement motivé, un des premiers qui aient été rendus sur la matière (27 mai 1835).

Nous le citons *in extenso* : « Attendu que toute dérogation au droit général, toute fiction, doit être strictement restreinte au cas spécial pour lequel elle a été littéralement consacrée ; il ne peut jamais être permis d'étendre une fiction, par analogie, d'un cas à un autre ; — Attendu qu'en réputant chaque cohéritier proprié-

(1) Rapporté dans D. *Rép.* au mot *Succession*, p. 551, note 2.

taire depuis le jour de l'ouverture de la succession, des objets mis dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession, l'article 883 du Code civil admet une fiction dont l'unique effet est de favoriser les partages ; cette fiction doit être restreinte au cas pour lequel elle a été consacrée ; elle ne pourrait être étendue à tous actes passés entre cohéritiers pour en mettre seulement un ou plusieurs hors de l'indivision, sans ouvrir la porte à toutes les fraudes, sans violer le sens littéral et l'esprit de la loi ; — Attendu que l'article 883 fait partie de la section 4 intitulée : *Des effets du partage et de la garantie des lots* ; du chapitre VI intitulé : *Du partage et des rapports* ; il parle de chaque héritier individuellement pris et des objets compris dans le lot de chaque héritier ; ce qui ne peut s'entendre que des actes dont la conséquence immédiate est de faire cesser l'indivision entre tous les cohéritiers, et non des actes qui, se bornant à écarter du partage quelques-uns des héritiers, et ne faisant pas cesser l'indivision entre les autres, ne sont pas réellement des partages ; — Attendu que le sens exclusif et restreint de la fiction admise par l'article 883 est confirmé par les articles 884 et 885 ; l'un établit la garantie des cohéritiers les uns envers les autres, et parle de l'acte de partage, comme l'article 883 parle du lot de chaque cohéritier ; l'autre rend chaque cohéritier obligé personnellement, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui

a causée l'éviction ; les trois articles ne peuvent évidemment s'entendre que d'un acte qui fait cesser l'indivision entre tous les cohéritiers... »

Ainsi, la Cour de cassation refuse à la licitation l'effet déclaratif quand cette opération ne met pas fin à l'indivision d'une manière absolue (1).

Cela est absolument certain ; quantité d'arrêts ont été rendus sur la matière et ne laissent aucun doute à cet égard.

Toutefois, la Cour a donné une décision récente (25 mai 1895, P. 95.1.351) sur l'interprétation de laquelle on n'est pas d'accord et où il est possible de voir un changement de jurisprudence. A raison de son importance, nous la citons en entier (2) :

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que les héritiers Erard ont procédé, en 1877, au partage dûment homologué et accepté de tous les biens composant la succession de leur auteur, que l'arrêt en a déduit à bon droit que par l'effet de ce partage et conformément à l'article 883 du Code civil, Philippe Erard est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, mais que par contre, il est

(1) Elle donne la même solution pour la cession de droits successifs ; en ce qui concerne le partage, elle n'exige pas cette condition c'est du moins la solution que lui impute l'opinion générale. — V. MM. Demante, note, S. 87.1.113 ; Labbé, *Rev. crit.*, 1885, p. 351 et note, S. 80.2.145 ; Planiol, *Rev. crit.*, 1883, p. 589. En sens contraire, V. Wahl, note dans S. 91.1.417.

(2) Ch. civ., 25 mai 1895.

censé n'avoir jamais eu aucun droit de propriété sur les autres biens de la succession, notamment sur le domaine de la Charme, lequel est réputé dès lors n'avoir jamais été frappé par l'hypothèque légale de sa femme ; que, par suite, Mouilleseaux et les demoiselles Thevenot, en 1888 et 1889, n'ont pas pu se faire subroger utilement dans cette hypothèque sur ledit immeuble ; attendu, il est vrai, que ce domaine avait été licité au cours des opérations du partage ; que deux héritiers, la veuve Chapuis et le sieur Casimir Erard s'en étaient rendus adjudicataires conjointement et qu'ils en avaient conservé la propriété indivise jusqu'au 31 décembre 1887, date à laquelle la veuve Chapuis en est devenue propriétaire unique pour le rachat des droits de Casimir Erard ; mais attendu que, contrairement à la prétention du pourvoi, cette circonstance n'a pas empêché le partage de 1877 de produire toutes ses conséquences légales à l'égard des copartageants qui, comme Philippe Erard, ont reçu dans ce partage des lots distincts les remplissant de toute leur part ; qu'en ce qui les concerne, la valeur du domaine licité est entrée dans la masse partageable au lieu et place de l'immeuble et leur a été répartie avec les autres biens de la succession, de telle sorte qu'à ce moment, l'indivision a complètement pris fin entre eux et leurs cohéritiers ; attendu que si la propriété de l'immeuble licité est restée indivise entre les deux adjudicataires pendant plusieurs années encore, cette indivision nouvelle qui avait sa cause non plus dans la dévo-

lution héréditaire, mais dans la convention des parties, n'intéressait plus que les rapports des communistes ; d'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, l'arrêt n'a violé aucune des règles visées par le pourvoi ; par ces motifs, rejette. »

Quant à nous, nous ne pensons pas que cet arrêt ait la portée qu'on lui attribue ; loin d'y voir, de la part de la jurisprudence, un abandon de son système, nous croyons que cette décision le laisse intact : elle ne nous paraît pas attribuer l'effet déclaratif à la licitation dans laquelle l'adjudication est prononcée au profit de plusieurs communistes, autrement dit, à la licitation ne mettant pas fin à l'indivision d'une manière absolue, car si elle refuse à la femme d'un des cohéritiers non adjudicataires le droit d'exercer son hypothèque légale sur le bien licité, elle se fonde pour cela sur l'effet déclaratif produit, non pas par la licitation, mais par le partage, dont celle-ci n'a été qu'une des opérations et en vertu duquel ce cohéritier a été rempli de toute sa part. Il nous semble qu'il y a là simplement une nouvelle application de la théorie de l'allotissement, rien de plus : la licitation y conserve son caractère translatif, mais le colicitant non adjudicataire qui reçoit plus tard, dans la répartition du prix et des autres biens communs, une quantité suffisante pour le remplir de toute sa part, est considéré comme n'ayant jamais eu aucun droit sur l'immeuble licité. Cela suppose que l'on reconnaît à la licitation la vertu de faire sortir

l'immeuble de la masse indivise, et d'y substituer la créance du prix ou la somme qu'il représente, s'il a été payé. Quant à l'indivision qui a subsisté entre les coadjudicataires, elle est considérée comme ayant une cause nouvelle, la volonté des parties. Ce raisonnement est possible si la licitation intervient comme une des opérations du partage ; on peut dire alors que, malgré la persistance partielle de l'indivision, l'effet déclaratif se produit, à raison du partage qui est intervenu postérieurement et de la répartition du prix, comme des autres biens de la masse, entre les colicitants non adjudicataires, car cette répartition constitue un allotissement à l'égard de ces derniers qui sont alors considérés comme n'ayant jamais eu de droits sur l'immeuble licité. Mais quand l'indivision ne porte que sur l'objet licité, le même raisonnement est-il encore admissible ? Il n'y a plus ici « de partage postérieurement à la licitation ». Où se trouve, dès lors, l'allotissement ? La licitation ne saurait, à elle seule, le produire, car en quoi consiste-t-il ? dans l'attribution à un copartageant d'une quantité de biens suffisante pour le remplir de toute sa part ; or, la licitation se borne, dans notre hypothèse, à attribuer, d'un côté, indivisément, un immeuble à plusieurs cohéritiers, de l'autre une somme d'argent, indivise également, aux autres cohéritiers. Il n'y a donc allotissement de part ni d'autre.

Ainsi, loin de reconnaître nettement et d'une façon générale l'effet déclaratif à toute licitation intervenant

au profit d'un communiste, et même ne mettant pas fin à l'indivision d'une manière absolue, la Cour de cassation ne le reconnaît à la licitation, en pareil cas, que dans une hypothèse spéciale, et au moyen d'un détour. Cette décision nous paraît dès lors insuffisante pour pouvoir être considérée comme le signal d'un véritable revirement de la part de la Cour suprême. Mais si elle est incomplète, elle est en outre critiquable pour d'autres raisons. L'acte auquel est rattaché l'effet déclaratif est celui qui met fin à l'indivision ; or, c'est la licitation qui produit ce résultat quant au bien licité, c'est donc elle qui doit être revêtue de l'effet déclaratif et non les opérations postérieures, ou alors il faudrait que ces dernières achevassent l'œuvre commencée par la licitation, et constituassent « l'Acte final » ; mais elles n'en font rien, puisqu'elles laissent subsister l'indivision entre les coadjudicataires.

En outre, ne retombe-t-on pas dans le système de M. Labbé, dans lequel un acte met fin à l'indivision, mais ne produit l'effet déclaratif que si certaines circonstances se manifestent ultérieurement, et ne se heurte-t-on pas aux objections qui le font repousser, et que nous examinerons plus loin ?

Enfin, d'après l'arrêt en question, la licitation produit deux effets qui semblent s'exclure l'un l'autre : d'une part, elle met fin à l'indivision en faisant sortir l'immeuble de la masse, et en l'y remplaçant par le prix de l'adjudication, et elle produit l'effet déclaratif ; de l'au-

tre elle constitue la manifestation de volonté en vertu de laquelle les coadjudicataires, après être sortis de l'indivision ancienne, entrent dans une indivision nouvelle. Il y a là une contradiction ; un acte est déclaratif quand il fixe, quand il déclare dans quelle mesure les titulaires de droits de même nature sur un même bien pourront les exercer ; il constitue la délimitation de droits dont l'exercice intégral est impossible. Mais il est clair que s'il reconnaît à chacun des communistes un droit divis sur la chose commune, ce ne peut être qu'en vertu du titre commun, dans l'espèce, et dans la majorité des cas, une dévolution successorale. Or, d'après notre arrêt, la licitation transforme le titre en vertu duquel les coadjudicataires sont copropriétaires : elle ne se borne pas à leur reconnaître certains droits, elle leur en confère de nouveaux ; on ne conçoit plus qu'elle produise l'effet déclaratif.

Ayant ainsi exposé la théorie de la Cour de cassation, nous arrivons à la théorie adverse, suivant laquelle l'effet déclaratif se produit, même lorsque l'acte intervenu ne met fin à l'indivision que d'une manière relative. A l'appui de cette théorie, à laquelle nous nous rallions, on fait remarquer qu'on se trouve ici en matière traditionnelle, et que par suite, le moyen le plus sûr d'interpréter exactement le texte controversé, est d'avoir recours à la tradition. Sur ce point, en effet, comme sur bien d'autres, le législateur s'est inspiré de Pothier ; il lui a pris, à peu près textuellement, les ter-

mes qui composent l'article 883, comme on peut s'en rendre compte en se reportant à cet auteur et en comparant les passages correspondants (1) :

« Le principal effet du partage est de déterminer la portion de chacun des cohéritiers, et de la restreindre aux seuls effets qui lui sont assignés pour son lot, de manière que chaque cohéritier soit censé avoir seul succédé immédiatement au défunt, à tous les objets compris en son lot, et n'avoir jamais succédé à aucun de ceux compris dans le lot de ses cohéritiers. »

Art. 883, C. civ. : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé immédiatement à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

Or, quelle est la tradition sur le point qui nous occupe ? Nous constatons que si, au début, les avis furent partagés, l'accord finit par se produire, dans la doctrine et la jurisprudence, dans le sens de la théorie que nous exposons. « Car après divergences et un mûr examen, les commentateurs et la jurisprudence étaient devenus unanimes », disent MM. Championnière et Rigaud (2).

Cela ressort également de ce que dit Boutaric (3) : « Il restait à faire un dernier pas à l'égard de cette espèce de partage où l'un des cohéritiers devient le maître de l'entière succession en récompensant les autres

(1) *Traité des successions*, chap. IV, art. 5, § 1.

(2) *Traité des droits d'enregistrement*, III, p. 773.

(3) *Traité des droits seigneuriaux*, chap. des Lods, § 6.

en deniers. On tint pendant longtemps que les seigneurs étaient en droit de faire renvoyer à des experts, pour vérifier si la succession n'aurait pas pu être commodément partagée. On prétendait également qu'il fallait faire différence si les parties avaient expressément qualifié l'acte de partage, quoique dans l'événement tous les fonds dussent être laissés à un seul, moyennant une récompense en deniers, ou si l'acte avait été reçu dans la forme d'une cession ou d'une vente. D'autres enfin voulurent distinguer si l'acte avait été passé entre tous les héritiers, ou si l'un des cohéritiers, dans le cas où il y en aurait plus de deux, avait particulièrement cédé sa portion à un autre. Il fallut bien plus de temps pour se fixer sur cette question importante. Mais à la fin, les arrêts établirent que, quand bien même les parties auraient traité en la forme de cession ou de vente, sans parler de partage, *et soit que ce traité se fit particulièrement entre deux héritiers*, ou qu'il fût fait généralement entre tous, enfin que, sans examiner si la succession aurait pu être commodément partagée, il ne devait point y avoir de droits de lods. »

Pothier, dont l'opinion a une importance capitale en cette matière, puisque nous avons vu que l'article 883, objet du litige, lui a été presque textuellement emprunté, s'exprime en effet en ce sens. Le passage suivant (1) le prouve clairement : « Il n'est pas aussi néces-

(1) *Traité des fiefs*, part. I, chap. V, § 3, p. 369.

saire que la vente, que fait l'un de plusieurs cohéritiers à l'autre, de sa portion dans un fief, dissolve toute communauté par rapport à ce fief, il suffit qu'il la dissolve entre eux deux. Par exemple si l'un de quatre héritiers vend à un autre sa portion, *quoique celui qui l'acquiert demeure en communauté avec les deux autres, cet acte n'en tiendra pas moins lieu de partage*, et n'en sera pas moins exempt de profit, car il suffit qu'il dissolve la communauté avec celui qui a vendu la portion. »

De même Guyot (1) déclare : « Il n'y a point de règle qui oblige les associés à ne sortir de communauté qu'en la rompant avec tous. Tous les associés ne faisant qu'un, l'un peut liciter sa portion, soit avec un, soit avec tous ; cela ne fait que diminuer le nombre des copropriétaires, mais il n'y a pas de changement de propriétaire ; c'est toujours un acte qui n'a trait qu'à la dissolution de la communauté, et dans lequel l'esprit des contractants est de partager et non de vendre (2). »

Avec l'appui considérable que fournit la tradition en cette matière, on peut réfuter les objections qu'opposent à la présente théorie la Cour de cassation et ses

(1) *Traité des licitations*, chap. 3, § 4, n° 4.

(2) Dans le même sens : Pocquet de Livonnières sur l'article 282 de la coutume d'Anjou ; Cottereau, *Droit général*, t. VI, p. 432. Enfin Dumoulin, sur l'article 22, coutume de Paris, n° 71, admet que le délaissement par licitation peut se faire entre les communistes ou à tous, ou à un seul, *sive uni tantum, sive omnibus cedat*.

émules. En premier lieu, en ce qui concerne la double fiction que renferme l'article 883, et d'après laquelle si un copartageant peut être considéré comme ayant seul et toujours eu des droits sur l'objet qui lui échoit en partage, c'est parce que les autres sont censés n'avoir jamais eu aucun droit sur cet objet, fiction qui devient impossible quand l'indivision subsiste entre quelques-uns, nous ne voyons pas là une objection irréfutable. Lorsque, dans une licitation, plusieurs colicitants se sont portés adjudicataires, les autres peuvent très bien être considérés comme n'ayant jamais été propriétaires de l'immeuble licité, car les premiers peuvent être regardés comme en ayant toujours eu, entre eux seuls, la copropriété. Il n'est pas nécessaire, pour que les colicitants non adjudicataires soient censés n'avoir jamais eu de droit sur l'immeuble adjudgé, que celui-ci soit censé avoir toujours été la propriété exclusive de l'un des communistes. On ne peut le soutenir qu'en se fondant sur les termes de l'article 883 « chaque héritier... », mais on retombe alors dans l'argument de texte, auquel nous arrivons.

La jurisprudence s'appuie également sur les expressions employées par les articles 883 et 2109, qui parlent de *chaque cohéritier* et de *chaque lot*, mais rien ne prouve qu'elles aient été employées à dessein par le législateur ; il est très vraisemblable au contraire qu'il ne s'en est servi que parce qu'elles se réfèrent à l'hypothèse normale, celle où l'indivision prend fin à l'égard

de tous. Quand on a un texte à interpréter, on ne doit pas toujours s'attacher servilement aux mots dont il se compose, il faut considérer aussi l'idée qu'il contient, et s'en inspirer pour l'interprétation. Lorsque le législateur a consacré l'effet déclaratif du partage, il a voulu faciliter la cessation de l'indivision : il semble, à première vue, sans considérer les textes, qu'avec un tel dessein, il fallait attribuer l'effet déclaratif à toute cessation de l'indivision. Les termes contenus dans les articles relatifs à cet objet ne doivent pas faire abandonner cette conception, d'autant plus qu'il n'est nullement démontré que leur emploi ait été prémédité. Sur ce point encore Pothier fournit un argument puissant. Nous avons vu qu'il accordait l'effet déclaratif à la cessation, même relative de l'indivision, or, lui aussi n'envisage, dans ses explications, que l'hypothèse d'un adjudicataire unique. « Lorsque c'est *un* des cohéritiers ou copropriétaires qui est adjudicataire.... la licitation.. tient lieu de partage (1). » Et ailleurs : « Lorsque le fief d'une succession vient en totalité à *l'un de plusieurs copropriétaires*, il est vrai de dire qu'il tient le total à titre de succession (2). » L'emploi des termes en question n'implique donc pas nécessairement l'adoption de la première théorie.

On peut faire la même observation au sujet d'un autre argument de texte, également invoqué, celui qu'on tire de la loi du 23 mars 1855.

(1) *Traité de la vente*, n° 368, éd. Bugnet, t. III, p. 255.

(2) *Traité des fiefs*, n° 432, éd. Bugnet, t. IX, p. 614.

Les objections élevées contre la théorie que nous exposons nous paraissent ainsi réfutées ; il est possible, d'autre part, d'invoquer des arguments en sa faveur.

Le but du législateur, en édictant la règle de l'effet déclaratif, a été de favoriser le passage de la propriété indivise à la propriété divise. Or il est clair que, lorsqu'un acte fait cesser l'indivision à l'égard d'une partie des communistes tout en la laissant subsister vis-à-vis des autres, il constitue un acheminement à la cessation totale. N'est-il pas dès lors rationnel de supposer qu'il a été, dans l'intention du législateur, que cet acte bénéficie de l'effet déclaratif, puisqu'il facilite la transformation en faveur de laquelle cette règle a été créée ? Cette idée a été très bien exprimée par Duvergier (1) : « Si l'indivision cesse par l'effet d'un seul acte, on arrive plus promptement au but que si, par des cessions successives, le nombre des propriétaires va en diminuant jusqu'à ce qu'il n'en reste plus qu'un. Mais la nature de l'acte unique est certainement la même que celle des actes successifs, puisque la réunion de tous ceux-ci produit précisément l'effet qui résulte de celui-là. »

D'autre part, s'il est d'habitude courante de définir le partage « l'acte qui fait cesser entièrement l'indivision », cette définition n'en est pas moins inexacte, car, ainsi que le fait remarquer très justement un auteur (2), il est faux que le partage soit, comme on le dit commu-

(1) *Traité de la vente*, II, 447.

(2) M. Planiol, note dans D. 92, 2, 289 et *Rev. crit.*, 4892, p. 519.

nément, synonyme de « cessation de l'indivision » ; il est vrai qu'il a pour but de mettre fin à l'indivision, mais il ne l'est pas qu'il y ait partage toutes les fois que l'indivision cesse, car elle peut cesser par d'autres moyens. On ne peut donc pas dire que le partage est l'acte qui met fin entièrement à l'indivision. C'est, en réalité, la « formation de parts » et, par suite, il suffit, pour qu'il y ait partage et qu'on applique l'article 883, qu'il y ait eu des parts de formées, c'est-à-dire qu'une partie des communistes se soient retirés de la communauté, leurs droits liquidés ; peu importe que l'indivision ait subsisté entre les autres : toutes relations juridiques sont rompues entre ceux-ci et les premiers.

D'ailleurs, il y a une hypothèse où il n'est pas douteux que l'effet déclaratif se produise, et où pourtant l'indivision ne cesse pas à l'égard de tous les communistes, c'est celle du partage par souches. En pareil cas, il est impossible d'arriver en une seule fois au partage intégral, c'est-à-dire, à l'égard de tous les indivisaires ; il est nécessaire de décomposer l'acte en deux phases successives, dont la première fixe la part de tous les communistes survivants ou prédécédés, mais laisse indéterminés les droits des héritiers de ces derniers, et dont la seconde liquidera définitivement la situation. Il faut donc choisir entre ces deux alternatives : ou bien décider que le partage par souche n'est pas déclaratif, ou bien étendre l'article 883 même aux actes qui ne mettent à l'indivision que d'une manière relative. La

première n'est soutenue par personne, elle aboutirait à un résultat par trop manifestement inique, celui de refuser à des communistes le bénéfice de la déclarativité pour ce seul motif qu'au lieu d'agir de leur chef, ils font valoir leurs droits par représentation. Ce serait, en outre, contraire à cette règle générale que les ayants cause universels ont les mêmes droits que leur auteur. Il faut donc adopter le deuxième terme de l'alternative ; la solution qui en découlera sera conforme à la fois à la tradition, aux principes et à la raison. En réalité, de tous les arguments invoqués par les partisans de la théorie précédemment exposée, il n'en est véritablement que d'une sorte, les arguments de texte ; c'est sur eux qu'elle a été bâtie ; les autres n'ont été introduits qu'accessoirement, et pour éviter de lui donner un caractère trop étroit. Or, s'en tenir servilement aux textes n'est pas un procédé de bonne interprétation. Un auteur, déjà cité, s'est exprimé ainsi à ce sujet (1) :

« Parce que le texte parle, au singulier, du coindivisaire qui reçoit son lot, on refuse de l'appliquer aux groupes nantis de parts collectives, bien que, par cet acte, toutes relations juridiques soient désormais rompues entre eux et les autres, d'une façon aussi irrévocable qu'il pourrait l'être s'il s'agissait d'un copartageant unique. On donne ainsi à la loi une allure mesquine et capricieuse. »

(1) M. Planiol, *Rev. crit.*, 1892, p. 549.

On peut être, il est vrai, frappé de cette particularité, qu'avec le système auquel nous nous rallions, on risque de faire bénéficier un tiers de l'effet déclaratif. Il en sera ainsi en effet, si, après une première licitation dans laquelle plusieurs colicitants se sont portés adjudicataires, le bien indivis est ensuite adjugé à un tiers ; ce dernier acquerra l'immeuble libre de tous les droits réels consentis pendant la première indivision. Mais, en fait, n'arrive-t-on pas au même résultat dans l'autre théorie ? Lorsqu'un colicitant, après s'être rendu seul adjudicataire, revend immédiatement à un tiers, celui-ci acquiert le bien libre de toutes les charges qui ont été créées pendant l'indivision, par d'autres communistes que le vendeur : ne peut-on pas dire dès lors qu'il profite de l'effet déclaratif.

Enfin la théorie de la Cour de cassation soulève de graves objections :

En premier lieu, si, dans une licitation, l'adjudication est prononcée au profit de plusieurs communistes, l'effet déclaratif ne se produit qu'à l'égard des autres ; quant aux premiers, ils restent dans l'indivision, ou plutôt, dit-on, entrent dans une indivision nouvelle ; en tous cas, lorsqu'ils en sortiront eux-mêmes, l'effet déclaratif ne remontera qu'au jour où est intervenu le premier acte, et non pas jusqu'à celui où la première indivision a pris naissance. Ainsi, s'ils font une nouvelle licitation, où un seul d'entre eux, cette fois, se porte adjudicataire, celui-ci devra supporter les char-

ges qui auront été créées jusqu'au moment où a été passée la première licitation. Mais que devient alors le texte de l'article 883, déclarant que *chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot* ?

D'autre part, en raisonnant sur la cession de droits successifs, que la jurisprudence assimile à la licitation, au point de vue de l'effet déclaratif, et à l'égard de laquelle le caractère illogique de la théorie que nous combattons apparaît d'une façon beaucoup plus saisissante, il faudra dire que si un cohéritier acquiert la part de chacun des autres, par le même contrat, les hypothèques constituées par ces derniers tomberont, tandis que si la cession est effectuée en des actes distincts, par chaque cohéritier, à tous les autres, elles subsisteront (sauf celles qui émanent du dernier cédant). On peut avoir de fortes raisons de douter qu'il soit dans l'esprit de la loi de faire produire des effets aussi différents à une même convention, suivant qu'elle a été constatée dans un seul acte ou dans plusieurs actes séparés, d'autant plus que ce n'est pas seulement une différence dans les effets, c'est une différence dans la nature même de l'opération que va entraîner cette pure question de forme, ce qui, pour un acte non solennel, paraît difficilement explicable. Supposons, en effet, un immeuble indivis entre trois personnes, Primus, Secundus et Tertius : Primus cède ses droits à Secundus et à Tertius ; celui-ci acquiert également, le lendemain, ceux de Secundus.

Il y a eu là deux opérations identiques, faites dans les mêmes conditions, et pourtant on va leur reconnaître une nature juridique différente : la première consentie sera une vente, la seconde un partage. Parmi les nombreuses conséquences qui découlent de cette idée, celle qui aboutit peut-être à la bizarrerie la plus choquante est la suivante : la première cession ne sera rescindable que si la lésion dont elle est entachée, est de plus des sept douzièmes ; il suffira, pour que la seconde puisse être rescindée que la lésion soit de plus du quart. Il semble bien difficile de deviner pourquoi le second cédant est plus digne d'intérêt que le premier. Le seul fait d'avoir traité avant ou après un co-partageant paraît une raison bien insuffisante.

Le même raisonnement peut être fait avec la licitation, mais il est moins saisissant.

Nous avons ainsi achevé d'exposer la deuxième théorie et les raisons qui nous la font préférer à la première. Un certain nombre d'auteurs (1) et beaucoup de cours d'appel sont en ce sens.

A côté de ces deux théories, nettement opposées, on a soutenu un système intermédiaire. D'après M. Labbé qui en est l'auteur, la première en est trop absolue ; en

(1) MM. Rolland de Villargues, *Rép.*, V^o *Licitation*, nos 10 et s. ; Championnière et Rigaud, *Droit d'enregistrement*, III, nos 2784 et s. ; Berthaud, *Rev. crit.*, 1864, t. 24, p. 391 ; Laurent, X, 418 ; Rousseau et Laisney, V^o *Partage*, n^o 123 ; Wahl, note dans S. 91.1.417 ; Murlon, *Rev. prat.*, 1859, p. 211 ; Planiol, note dans D. 92.2.289 et *Rev. crit.*, 1892, p. 349 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 4351.

effet, elle est fondée sur le but qu'a eu le législateur en rédigeant l'article 883, et qui consistait à faciliter aux communistes le passage de la propriété indivise à la propriété divise ; or il n'est pas nécessaire, pour que ce but soit atteint, que tout acte faisant cesser [l'indivision d'une façon relative soit revêtu de l'effet déclaratif, car, d'une part, si le premier acte n'est pas suivi d'un acte définitif, si l'indivision subsiste d'une manière permanente entre une partie des communistes, le résultat cherché n'est pas obtenu ; il ne l'est que si la seconde étape est également franchie. Il suffit donc d'appliquer l'article 883 dans le cas seulement où cette condition se réalise. Et d'autre part, si la nouvelle indivision prend fin par l'attribution de la chose à un étranger, le but visé n'est pas atteint non plus, puisqu'il s'agit alors d'une vente, et que c'est le partage seul que le législateur a entendu favoriser. Aussi M. Labbé propose-t-il le système suivant : lorsqu'un acte met fin à l'indivision d'une manière relative seulement, il sied d'attendre, pour le faire bénéficier de l'effet déclaratif, que le dernier acte intervienne ; si celui-ci attribue le bien indivis à un communiste, on fera application de l'article 883, s'il l'attribue à un étranger, on n'aura pas à appliquer ce texte.

Ce système, qui peut paraître ingénieux au premier abord, se heurte à des objections qui semblent irréfutables : en premier lieu, il n'y a pas d'exemple dans la loi, d'acte dont la nature même demeure incertaine jusqu'à

l'arrivée d'un événement ultérieur. Dans l'obligation conditionnelle, il y a, il est vrai, une incertitude, mais elle porte sur l'existence du droit ; ici ce serait sur la nature de l'opération intervenue : la situation est tout autre, et il paraît impossible, en l'absence d'un texte formel, d'admettre une solution aboutissant à un pareil résultat.

D'autre part, il n'a pas dû être dans l'intention des parties que la nature de leur acte dépendît de circonstances futures. Tout porte à croire, au contraire, qu'elles ont entendu faire un acte déterminé. C'est l'hypothèse normale, et, dans le silence de la loi, il n'y a pas lieu d'en envisager une autre. Enfin, quelle va être la situation *medio tempore*, c'est-à-dire jusqu'à l'arrivée de l'événement ultérieur dont il s'agit ? Comment, jusque-là, envisager l'opération ? comme un partage ou comme une vente ? Suivant l'une ou l'autre alternative, les conséquences produites par l'acte seront très différentes comme nous l'avons vu plus haut (1).

En particulier, quelle sûreté les colicitants non adjudicataires auront-ils pour leur garantir le paiement du prix ? le privilège du vendeur ou celui du copartageant ? La question est très importante à cause du délai fixé pour l'inscription, qui n'est pas le même dans les deux cas (art. 2108 et 2109, C. civ.). Or cette période d'incertitude peut se prolonger indéfiniment, car les commu-

(1) V. *Effets de la licitation*.

nistes, qui sont entrés dans une indivision nouvelle, peuvent y rester tant qu'il leur plaira. Peut-on admettre un système qui aboutisse à de pareilles conséquences ? Pour y échapper, son auteur propose de considérer momentanément l'acte comme une vente, mais alors cette théorie n'arrive-t-elle pas, en fait, à se confondre avec celle de la Cour de cassation (1) ?

Nous venons de voir une dérogation, du moins d'après une partie de la doctrine et de la jurisprudence, au principe d'après lequel la licitation produit l'effet déclaratif quand l'adjudicataire est un communiste. Il convient de se demander s'il n'en n'existe pas une autre : l'effet déclaratif pourrait-il être écarté par la volonté des parties ?

Il faut remarquer d'abord que cette volonté est susceptible de se manifester de différentes manières : elle peut être contenue dans une stipulation formelle ; elle peut au contraire n'être pas formulée explicitement et résulter, soit de la qualification donnée par les parties à l'acte, soit du but poursuivi par elles en contractant. Mais il est bien évident que si une déclaration expresse est impuissante à écarter l'application de l'ar-

(1) M. Labbé s'exprime lui-même ainsi, sur la question de savoir comment l'acte sera traité *medio tempore* : « La question se présente notamment au point de vue de l'enregistrement. Nous croyons que cet acte, présenté à la formalité, sera tarifé comme une vente, parce qu'il n'est pas encore un partage, puisqu'il ne fait pas cesser l'indivision. D'un autre côté, cet acte n'est pas conditionnel, et la perception du droit proportionnel ne doit pas être suspendue. Une fois la perception régulièrement établie, nous savons que les événements postérieurs ne rendent pas les droits restituables. »

tielle 883, la simple intention ne saurait y suffire, aussi n'examinerions-nous que la première hypothèse si nous traitions la question au point de vue purement doctrinal, mais nous avons aussi à indiquer l'état de la jurisprudence, or les cours et tribunaux n'ont eu à se prononcer que sur le second cas, force nous est donc d'examiner les deux.

Il n'apparaît pas comme licite de stipuler qu'un partage ou un acte équivalent n'entraînera pas l'effet déclaratif, car la disposition qui consacre cette règle semble bien d'ordre public. Il n'en serait autrement que si elle avait été insérée dans le seul intérêt des copartageants ; il serait alors loisible de voir en elle une faveur à laquelle les bénéficiaires seraient libres de renoncer. Mais c'est justement ce que nous croyons impossible de dire. Si la préoccupation principale du législateur, en rédigeant l'article 883, a été d'éviter les recours entre cohéritiers et de diminuer ainsi sur ce point, comme il l'a fait sur bien d'autres, les occasions de procès entre membres d'une même famille, il n'est pas prouvé que tel ait été son seul objectif, et que sa bienveillance ait été aussi exclusive. Il est d'autres personnes, au contraire, qui peuvent se prévaloir de l'effet déclaratif : c'est le créancier hypothécaire, dont l'hypothèque, consentie par le colicitant adjudicataire pendant l'indivision, va porter, selon la majorité des auteurs, sur tout le bien licité, si elle n'a été expressément restreinte à la part du constituant ; c'est le conjoint du coparta-

geant attributaire, ainsi qu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour de Caen le 18 août 1880, S. 81.2.113, dans l'espèce suivante : une personne se trouvait, au décès de son fils, héritier réservataire de ce dernier ; au cours de la liquidation de la succession, les immeubles furent licités et le père se porta adjudicataire de l'un d'eux pour une somme ne représentant qu'une partie de sa part à recueillir, et il eut cette part complétée avec des valeurs mobilières de la succession. Il vint à mourir lui-même, et, dans la liquidation de la communauté ayant existé entre celui-ci et sa femme, le notaire fit figurer parmi les reprises du mari les valeurs représentant ce complément. Le tribunal et la Cour de Caen ont décidé que c'était inexact, que ces valeurs étaient tombées dans la communauté légale sans récompense, en vertu de l'article 1401-1^o et par suite de l'application de l'effet déclaratif. « Attendu, quant aux personnes pouvant s'en prévaloir, que cette fiction n'est limitée par aucune disposition de la loi, que la généralité des termes de l'article 883 prouve implicitement qu'elle peut être invoquée, non seulement par le cohéritier, mais encore par l'époux du cohéritier, que même l'article 1408-1^o fournit une preuve formelle de cette extension..... »

C'est également, le Trésor, comme l'a décidé la Cour de cassation le 19 juillet 1887, S. 88.1.387 : « L'événement postérieur au décès qui fait rentrer dans la succession des valeurs qui ne s'y trouvaient pas au jour de l'ouverture, ou de la déclaration des héritiers, fait naître

un nouveau droit de mutation qui donne lieu à une déclaration supplémentaire dans les 6 mois du jour où il se produit.

Ainsi, lorsque, par un partage de succession postérieur à la déclaration des héritiers, qui avaient acquitté l'impôt sur la pleine propriété des valeurs héréditaires, ces héritiers abandonnent, à l'un l'usufruit, à l'autre la nue propriété des biens de la succession, ce démembrement de la propriété augmente la succession de toute la valeur de l'usufruit, et, cette valeur, qui, par l'effet déclaratif du partage, est censée avoir été recueillie dans la succession au moment du décès, doit faire l'objet d'une déclaration nouvelle, et acquitter l'impôt dans les 6 mois du partage sous peine d'un demi-droit en sus. »

Les colicitants ne doivent donc pas être admis à renoncer à un bénéfice dont ils ne sont pas seuls à profiter. Et d'ailleurs, seraient-ils seuls à pouvoir l'invoquer qu'il n'en résulterait pas forcément pour eux le droit de le rejeter. Il suffirait, pour qu'on le leur refusât, que l'intérêt général fût intéressé au maintien de cette disposition.

C'est ainsi qu'en vertu de l'article 838 les copartageants ne peuvent renoncer d'avance au droit de demander la rescision du partage, et pourtant eux seuls possèdent ce droit, la loi le refuse à leurs créanciers.

Les communistes ne peuvent donc pas insérer dans l'acte de partage une clause écartant l'effet déclaratif. La doctrine est absolument en ce sens (1).

(1) Demolombe, *Successions*, V, 232 ; Aubry et Rau, VI, p. 559,
v. — 8

On doit, *a fortiori*, donner la même solution, lorsque la volonté des intéressés ne s'est manifestée que tacitement. Il en était ainsi dans l'ancien droit où l'on exemptait des droits de lods et de ventes la licitation, même au cas où les parties la qualifiaient de vente ou d'échange (1).

C'est, aujourd'hui encore, l'avis des auteurs (2).

La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur le premier cas, celui de convention expresse ; elle n'a eu occasion de statuer que sur le second, et les arrêts qu'elle a rendus sur ce point sont loin de former un système bien arrêté.

C'est ainsi que la Cour de cassation d'une part, décide (3) qu'un acte, bien que qualifié par les contractants de « vente de part indivise », doit produire l'effet déclaratif parce que « consenti par l'un des copropriétaires au profit de l'autre, il a fait cesser complètement l'indivision entre eux », et, d'autre part, se fonde parfois, pour refuser l'effet déclaratif à la licitation où plusieurs communistes se portent adjudicataires, précisément sur cette idée, qu'en pareil cas, cette opération apparaît comme ayant, dans l'esprit des parties, le caractère d'une vente et non celui d'un partage (4).

§ 625, note 40 ; Laurent, X, 429 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 444.

(1) Pocquet de Livonière, *Traité des fiefs*, liv. III, chap. 6, sect. 6, p. 231 et suiv. ; Fonmaur, *Traité des lods et ventes*, n° 310.

(2) Dutruc, n° 39 ; Demolombe, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit.* et n° 422.

(3) 29 mars 1851, S. 56.1.49 ; 13 nov. 1895, S. 97.1.65.

(4) 2 janv. 1844, D. 44.1.113 ; 18 août 1845, D. 45.1.257.

Et ce n'est pas seulement dans l'hypothèse de la cessation partielle de l'indivision que la Cour adopte cette solution, car nous voyons qu'elle l'applique (1) à un acte qui « tout en mettant fin à l'indivision, porte réserve du privilège du vendeur et de l'action résolutoireparce que.., ces stipulations indiquent que les parties ont voulu faire une vente ».

D'un autre côté, si la Cour suprême a parfois suivi l'intention des parties, manifestée par la qualification donnée à l'acte, elle n'en tient pas compte quand cette intention résulte du but de l'opération intervenue. C'est ainsi qu'elle a fait produire l'effet déclaratif à la cession de droits successifs, faite aux risques et périls du cessionnaire (2). Il paraît incontestable, en effet, qu'ici les contractants ont entendu faire un acte de spéculation et non un acte de partage.

Il y a donc, dans l'ensemble des décisions rendues par la Cour de cassation, une diversité qui semble aboutir à une double contradiction, puisque, d'une part, elle permet et interdit tour à tour aux parties d'écarter l'effet déclaratif par la qualification donnée à l'acte, et que d'autre part, si elle admet parfois que l'intention des parties, manifestée de cette façon, soit efficace, elle ne lui reconnaît aucun effet quand elle se traduit par le but qui a présidé à l'opération.

Toutefois, on peut relever, sur ce dernier point, parmi

(1) 29 juill. 1857, S. 58.1.313.

(2) Cass., 3 déc. 1890, S. 91.1.417.

les décisions des Cours d'appel qui, elles aussi, se sont prononcées en sens divers, deux arrêts tout récents contenant une solution différente, car ils s'attachent, pour appliquer l'effet déclaratif, au but poursuivi dans l'acte, et non à la qualification que les parties donnent à celui-ci (1).

Conséquences de l'effet déclaratif. — Après avoir vu dans quels cas l'effet déclaratif est attaché à la licitation, nous avons à nous occuper maintenant des conséquences qu'il produit. Nous distinguerons, selon qu'il s'agit des rapports des colicitants entre eux, ou des rapports de ces derniers avec leurs ayants cause.

1° *Rapports des colicitants entre eux.* — L'effet déclaratif se fait sentir aussi bien à l'égard des colicitants non adjudicataires, qu'à l'égard de celui au profit duquel l'adjudication est prononcée.

a) A l'égard des colicitants non adjudicataires : en vertu de l'effet déclaratif, ceux-ci sont considérés comme n'ayant jamais été propriétaires du bien licité ; il en résulte que tous les droits réels dont ils ont grevé ce dernier pendant l'indivision tombent, comme constitués *a non domino*. C'est ainsi que les hypothèques

(1) Grenoble, 20 janvier 1893, S. 93.2.263 : « Attendu que l'acte qui a pour but et pour effet de faire cesser complètement l'indivision entre cohéritiers ou communistes, a nécessairement le caractère d'un partage, quelque dénomination que lui aient donnée les parties. »

Grenoble, 17 avril 1894, S. 93.2.79 : « Tout acte qui a pour but et pour effet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers ou communistes, a nécessairement le caractère de partage, quelque dénomination qu'il ait plu aux parties de lui donner... »

disparaissent de plein droit et les créanciers hypothécaires ne peuvent plus faire les actes nécessaires à leur conservation, même avant la radiation de leurs inscriptions. Mais à ce point de vue il faut remarquer que l'effet déclaratif n'efface pas de plein droit les inscriptions et que le conservateur des hypothèques ne peut les rayer d'office ; car dans le système en vigueur chez nous, ce fonctionnaire a un rôle absolument passif ; ce n'est qu'un scribe, qui se borne à transcrire sur ses registres les mentions qu'on lui communique, après avoir vérifié seulement si leur nombre et leur étendue sont conformes aux exigences de la loi, et de même que, lors d'une inscription, il n'a pas à vérifier si la dette qu'elle est destinée à garantir, existe réellement, de même, il ne peut opérer une radiation que du consentement de ceux qui l'ont requise, ou en vertu d'un jugement rendu contradictoirement avec ces derniers. Par suite, le conservateur, à qui l'on demande un état des inscriptions sur un immeuble licité doit y comprendre celles qui émanent des colicitants, même non adjudicataires, si elles n'ont pas été radiées.

Mais on ne doit pas en conclure que le communiste adjudicataire sera tenu de payer tant que la radiation n'aura pas été opérée, il est au contraire en droit de refuser le paiement, et s'il est poursuivi en justice par le créancier, il n'aura qu'à invoquer la licitation pour faire déclarer la chute de l'hypothèque et ordonner la radiation.

L'extinction produite par l'effet déclaratif est absolue et définitive ; ainsi le droit éteint ne revivra pas si, postérieurement, le constituant devient propriétaire du bien licité (1).

b) A l'égard du colicitant adjudicataire : nous venons de voir que les droits réels consentis par les autres communistes, réputés, par suite de l'effet déclaratif, n'avoir jamais été propriétaires, se trouvaient anéantis de plein droit ; il en résulte que l'adjudicataire ne peut pas se les voir opposer. Au contraire, ceux qu'il a constitués sont consolidés, nous verrons plus loin dans quelle mesure.

Une autre conséquence de la règle posée par l'article 883 est que le communiste n'a pas besoin de transcrire le jugement d'adjudication pour le rendre opposable aux tiers, car la loi du 23 mars 1855 ne s'applique qu'aux actes translatifs. Toutefois, il pourra être obligé, dans certains cas, d'accomplir cette formalité pour opérer la purge. Ce point, exigeant d'assez longs développements, sera traité séparément.

2° *Rapports des colicitants avec leurs ayants cause.*
— Par ayants cause, il faut entendre ici les titulaires des droits consentis par les communistes pendant l'indivision. Nous savons que ces droits sont maintenus ou non suivant que le constituant se rend ou non adjudicataire, et par conséquent qu'ils ne peuvent être exercés contre un autre que le constituant. Mais il y a, relati-

(1) Sur ce point et sur le précédent, V. Labbé, *Rev. crit.*, 1884, p. 669 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 4372-4378.

vement à une catégorie spéciale d'entre eux, des difficultés qui exigent des explications plus détaillées. Nous voulons parler des hypothèques. C'est à l'égard des créanciers hypothécaires que se posent certaines questions, délicates à résoudre.

On peut remarquer au préalable, que seuls, parmi les créanciers des colicitants, ceux-ci peuvent avoir à souffrir de l'effet déclaratif. (Nous ne parlons pas des créanciers du défunt ou, plus généralement, de l'auteur commun, l'article 883 leur est étranger.) Les créanciers chirographaires n'ont rien à en redouter ; que la part de leur auteur dans le bien indivis figure dans le patrimoine de celui-ci en nature ou en équivalent, leur droit de gage général sur ce patrimoine n'en est ni augmenté ni amoindri. On pourrait même dire que, loin de risquer d'en souffrir, ils peuvent bénéficier de l'effet déclaratif. Si, en effet, c'est à un autre qu'à leur débiteur qu'on adjuge l'immeuble commun, par suite de cette règle, les hypothèques constituées par ce dernier tombent, et ils ne seront pas primés par leurs titulaires qui viendront simplement au marc le franc sur le prix, en concours avec eux (à condition toutefois que l'on admette l'opinion que nous allons exposer plus loin).

C'est donc principalement en ce qui concerne les créanciers hypothécaires que les conséquences de l'effet déclaratif sont intéressantes. Ici il est nécessaire de distinguer. Si l'adjudicataire est le constituant, l'effet déclaratif consolide l'hypothèque ; mais dans quelle

proportion ? Va-t-il la faire porter sur tout l'immeuble ou seulement sur la portion correspondant à la part à laquelle avait droit le constituant avant la licitation ? Cela dépend des termes de l'acte de constitution : le communiste a pu ne grever que sa part, ou, au contraire, affecter à la sûreté qu'il donnait le bien indivis tout entier, sous la condition tacite qu'il en deviendrait l'unique propriétaire. Mais, en l'absence d'une convention à cet égard, que faut-il décider ? Il paraît logique qu'en pareil cas l'hypothèque frappe l'immeuble tout entier, car le communiste par cela seul qu'il n'a inséré aucune restriction dans l'acte de constitution, a entendu donner comme garantie le droit qu'il avait à cette époque, or, en vertu de l'effet déclaratif, il est considéré comme ayant été seul propriétaire dès le jour où l'indivision a pris naissance, et par conséquent, antérieurement à la constitution.

Si l'adjudicataire est un communiste autre que le constituant, les créanciers hypothécaires voient tomber les droits qui leur ont été consentis. Toutefois un parti important dans la doctrine (1) décide que, seul, le droit de suite est perdu, et que le droit de préférence subsiste. Il se fonde sur les arguments suivants : en premier lieu, refuser aux créanciers la faculté d'exercer le

(1) Aubry et Rau, IV, p. 563 ; Proudhon, *Usufruit*, IV, 2392 ; Rodière, *Revue de légis.*, 1852, p. 309 ; Duquaire, *Rev. crit.*, 1853, p. 806 ; Daniel de Folleville, *Effet déclar. du partage*, n° 24 ; Rolland de Villargues, V° *Licitation*, n° 24 ; Duvergier, *Vente*, II, 144 et suiv. ; Colmet de Santerre, *Rev. crit.*, 1864, p. 490.

droit de préférence, revient à appliquer l'effet déclaratif au prix de licitation ; or, cette règle n'est applicable qu'aux valeurs de la succession, d'après l'opinion générale. D'autre part, les colicitants ne souffrent aucunement de l'exercice du droit de préférence, car peu leur importe que le prix devienne le gage exclusif de leurs créanciers hypothécaires, ou soit au contraire distribué au marc le franc entre ceux-ci et les créanciers chirographaires. Enfin, une telle décision n'est pas isolée dans notre droit, il y a d'autres cas où le droit de préférence survit au droit de suite.

Nous croyons l'autre opinion préférable. L'expression elle-même de « survie du droit de préférence » nous semble inexacte, en l'espèce. Il ne peut y avoir « survie » que là où il y a eu « vie », or, en vertu de l'effet déclaratif du partage, le constituant non adjudicataire est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire, par suite, comme n'ayant jamais eu le droit de constituer hypothèque, et celle-ci doit être regardée comme consentie *a non domino*. Il y a là une application de la condition résolutoire, en général, et de l'article 2125 du Code civil, en particulier.

De nombreux auteurs sont en ce sens (1).

La jurisprudence a également adopté cette opinion (2).

(1) Demolombe, *Successions*, V, 320 ; Laurent, X, 449 ; Fuzier-Herman, art. 888, n° 45 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 4370 ; Le Sellyer, III, 1807.

(2) V. série d'arrêts cités sous celui de Cass. req., 16 avril 1888, rapporté dans S. 88.4.216.

Il en résulte que l'hypothèque sur biens indivis est très incertaine. Pour remédier à cet inconvénient, la pratique a imaginé plusieurs moyens : a) En constituant hypothèque, le copropriétaire cédera sa part éventuelle dans le prix de licitation, et, pour que cet acte soit opposable aux autres communistes, le créancier leur signifiera la cession avant le partage. Afin d'être garanti contre toute éventualité, il doit se faire céder le droit à la soulte, et aux biens dont le communiste pourrait être attributaire, en cas de partage en nature. C'est un procédé couramment employé, mais il est incomplet, car le copropriétaire épuise ainsi son crédit d'un seul coup, ne pouvant faire cette cession qu'une fois. (Cette sûreté se rapproche beaucoup, à ce point de vue, du gage.) b) Le constituant fait intervenir à l'acte tous ses copropriétaires ; celui d'entre eux qui deviendra plus tard adjudicataire se verra intenter intégralement l'action hypothécaire. Ce moyen est efficace, mais il suppose le concours de tous les communistes ; c) Une part indivise donne le moyen de constituer une hypothèque des biens à venir, car elle compte comme « biens présents », même si l'adjudication n'est pas prononcée au profit du constituant ; l'effet déclaratif ne s'y oppose pas, d'après un arrêt de cassation civile (1), cette règle ne s'appliquant, de l'avis général, que dans les rapports de chaque colicitant avec les ayants cause des autres,

(1) 11 mars 1895, *Pand. fr.*, 95.1.353.

et l'espèce dont il s'agit ici concernant ceux d'un colicitant avec ses propres ayants cause.

SECTION II. — Conséquences (autres que l'effet déclaratif) de l'idée que la licitation se terminant par l'adjudication à un colicitant est un partage et non une vente.

1° Dans les rapports des colicitants entre eux.

a) A l'égard des non-adjudicataires, il résulte de ce que la licitation est considérée comme un partage et non comme une vente, que le privilège qui garantit le paiement du prix est celui du copartageant et non celui du vendeur. Ainsi que nous l'avons vu, le délai accordé pour remplir les formalités nécessaires à sa conservation n'est pas le même ; tandis que le vendeur n'a aucune limite assignée pour transcrire son titre tant que l'acquéreur n'a pas lui-même revendu l'immeuble, le copartageant doit inscrire son privilège dans les soixante jours du partage. Il est vrai que cette différence disparaît quand l'immeuble grevé passe des mains du débiteur en celles d'une autre personne ; pour l'un et l'autre privilège la loi de 1855 a accordé en pareil cas au créancier, pour effectuer les formalités de conservation, quarante-cinq jours à compter de l'acte de vente ou de partage.

Une autre conséquence de la même idée est que la licitation n'est pas résoluble de plein droit pour défaut de paiement du prix (ni susceptible de folle enchère, si

la licitation est judiciaire). La jurisprudence est très nettement en ce sens (1).

Les auteurs, en grande majorité, adoptent cette manière de voir (2).

Cependant on a prétendu (3) que l'article 1184 devait s'appliquer, parce que le partage est un acte synallagmatique les parties étant obligées les unes envers les autres toutes les fois qu'il y a lieu à licitation ou à soule et que d'autre part l'intention prêtée aux parties de vouloir faire spécialement ici un acte irrévocable n'est pas un argument sérieux, des contractants ayant vraisemblablement toujours le dessein de faire des actes définitifs.

Cette opinion, d'ailleurs isolée, semble inexacte ; elle s'appuie sur cette affirmation que le partage est un acte synallagmatique, mais précisément la nature déclarative du partage s'oppose à ce qu'on considère les copartageants comme ayant cause les uns des autres.

Mais si le partage, en général, et la licitation, en particulier, ne sont pas résolubles de plein droit, peut-on insérer dans l'acte ou dans le cahier des charges une

(1) Cass., 19 mars 1817 ; D. *Rép.*, V^o *Succession*, n^o 2101 ; 24 mars 1823, S. 23.1.200 ; 25 juin 1828, S. 29.2.86 ; 29 décembre 1829, S. 30.1.107 ; 9 mai 1832, S. 32.1.367 ; 14 mai 1833, S. 33.1.381 ; 27 mai 1835, S. 35.1.341 ; 2 janvier 1884, S. 86.1.373 ; 13 avril 1891, S. 95.1.308, et de nombreux arrêts de tribunaux et de Cours d'appel.

(2) Rolland de Villargues, *Rép.*, V^o *Folle enchère* ; Demante, III, 225 *bis*, IV ; Aubry et Rau, VI, p. 363, § 625 ; Demolombe, XVII, 309 ; Laurent, X, 421.

(3) Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2^e éd., III, 4352.

clause de résolution ? La négative a été soutenue (1) pour ces motifs que, d'une part, l'effet déclaratif se trouve former la caractéristique essentielle du partage et qu'il est incompatible avec la résolution, de l'autre, que la bonne harmonie des familles, et par suite, la société, sont intéressées au maintien des partages, que la clause en question, devenue rapidement de style, compromettrait gravement.

L'opinion contraire est préférable ; elle est d'ailleurs suivie par la jurisprudence et la plupart des auteurs (2).

Ses partisans font remarquer que la convention des parties doit être respectée toutes les fois qu'elle n'a pas pour effet de déroger à une disposition d'ordre public, ou de porter atteinte aux bonnes mœurs, et qu'il est inexact que la clause de résolution soit funeste à l'ordre public, attendu que la bonne harmonie des familles est, au contraire, intéressée à ce qu'on empêche un co-partageant de renier ses engagements.

Quant à l'effet déclaratif, la clause en question le laisse intact ; il reste attaché au partage, tant que celui-ci n'est pas résolu, et, une fois la résolution prononcée, ce dernier n'est plus ni déclaratif ni translatif, puisqu'il

(1) Quelques arrêts de Cours d'appel en ce sens : Bordeaux, 22 mars 1834 dans Devilleneuve, *Rec. de jurispr.*, 1834.2.460 ; Rouen, 18 juin 1841, Devilleneuve, 1841.2.471, et un arrêt de Cassation du 23 août 1853 ; Rouen, Duvergier sur Toullier, II, 563, note a.

(2) Cass., 2 janvier 1884, S. 86.1.273 ; 13 avril 1891, S. 95.1.308 ; Carré et Chauveau, quest. 2505-9° ; Aubry et Rau, VI, 262, § 625 ; Demolombe, XVII, 310 ; Laurent, X, 421.

n'existe plus; on en fera un autre, qui produira l'effet déclaratif, comme tout partage.

b) *A l'égard du colicitant adjudicataire.* — De ce que la licitation au profit d'un communiste est un acte de partage, il résulte que la garantie à laquelle l'adjudicataire aura droit, sera régie par les règles propres au partage, et que, notamment, les créances qui prendront naissance à cette occasion, auront leur recouvrement assuré par le privilège du copartageant.

c) A l'égard des colicitants, tant adjudicataires que non adjudicataires, il dérive de la même idée que la licitation est rescindable pour lésion de plus du quart, que celle-ci ait été subie par l'adjudicataire ou par les autres communistes.

CHAPITRE II

ADJUDICATION A UN ÉTRANGER.

Lorsque la licitation se termine par l'adjudication du bien indivis, non plus à un communiste, mais à un étranger, elle se trouve revêtir, d'un avis unanime aujourd'hui, une nature juridique tout autre et produire des conséquences toutes différentes. L'opinion, d'après laquelle l'effet déclaratif se manifesterait ici encore, se trouve, en effet, abandonnée à l'heure actuelle. Elle avait été d'ailleurs peu soutenue (1).

Elle avait contre elle : 1° la tradition, car dans l'ancien droit, on soumettait en pareil cas la licitation aux droits de lods et de ventes (2) ; or c'est là une objection capitale, puisque nous nous trouvons ici, comme nous l'avons précédemment constaté, en matière traditionnelle ; 2° le texte de l'article 883, qui ne vise que l'hypothèse où c'est un *cohéritier* qui est déclaré adjudicataire ; 3° la raison. Comment, en effet, étendre la fiction de l'article 883 à un étranger ? Comment considérer celui-ci comme tenant directement du défunt les droits

(1) Mourlon, *Répétitions écrites*, II, 485 ; Liégeard, *De l'origine de l'article 883*, p. 87.

(2) Dumoulin, *Cout. de Paris*, § 22, art. 83, gl. 1, n. 73 ; Pocquet de Livonière, *Tr. des fiefs*, III, chap. 6, sect. 5, p. 221.

qu'il possède présentement sur le bien licité ? Aussi est-il maintenant universellement admis que, dans ces circonstances, la licitation présente le caractère d'une vente. De cette idée découle une série de conséquences.

a) *A l'égard de l'adjudicataire.* — L'acte intervenu est translatif et non plus déclaratif, par suite le bien licité arrive, aux mains de l'acquéreur, grevé des droits réels consentis par les communistes pendant l'indivision ; toutefois, la question de savoir dans quelle mesure ces charges sont maintenues donne lieu à de grandes difficultés que nous examinerons un peu plus loin. Mais le maintien, en principe, question de quotité mise à part, est chose indiscutée actuellement. C'est une conséquence de ce que l'adjudicataire est ici considéré comme tenant ses droits, non plus directement de l'auteur commun, mais des indivisaires.

Une autre conséquence de cette considération est que, à la différence du communiste adjudicataire, l'étranger acquéreur est tenu de transcrire le jugement d'adjudication, pour qu'il soit opposable aux tiers, en vertu de la loi de 1855 qui soumet à cette formalité les actes translatifs.

De ce que la licitation au profit d'un tiers constitue une vente et non un partage il résulte encore que ce sont les règles de la vente qu'il faut appliquer au point de vue de la lésion ; par conséquent on devra décider que l'adjudicataire n'a pas le droit de demander la rescision de la licitation, quelque forte qu'ait été la lésion

subie par lui, cette action étant refusée à l'acheteur (art. 1683) pour la raison qu'il n'est jamais contraint d'acheter, tandis que le vendeur peut être mis dans la nécessité absolue de vendre.

De même, ce sont les règles de la vente qu'il faut observer en ce qui concerne la garantie (art. 1625-1650). Remarquons à propos de la garantie des vices cachés, qui existe en matière de vente d'immeubles aussi bien qu'en matière de vente de meubles (1), que l'article 1649 disposant qu'elle n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice est interprété par la jurisprudence et la doctrine en ce sens : *qu'elle n'a pas lieu dans les ventes qui ne peuvent être faites que par autorité de justice* : ceci, par analogie avec le cas prévu par l'article 1684, qui formule cette règle à propos de la lésion, le motif de cette disposition étant le même en notre matière, à savoir, qu'il est inutile d'annuler un acte ne pouvant être recommencé que dans les mêmes conditions.

Toujours en vertu de la même idée, la créance en garantie qui pourra naître au profit de l'adjudicataire, n'aura son recouvrement assuré par aucun privilège, cette sûreté n'existant pas au profit de l'acheteur. Nous savons qu'au contraire elle est attachée à toutes les créances résultant du partage.

(1) Cass., 29 mars 1852 ; 16 nov. 1853 ; cités sous 23 août 1865, D. 65.1.260 ; Aubry et Rau, IV, 366 *bis*, texte et note 12 ; Laurent, XXIV, 287 ; Guillouard, *Vente*, I, 438.

b) *A l'égard des communistes.* — L'adjudicataire, lorsqu'il est étranger, étant considéré comme un acheteur, les communistes sont traités comme des vendeurs. D'où une série de conséquences :

Le paiement du prix leur est assuré par le privilège du vendeur et non par celui du copartageant ; nous avons vu précédemment l'intérêt de la question.

En cas de non-paiement, ils ont, d'autre part, l'action résolutoire ainsi que la faculté de recourir à la procédure de la folle enchère, et cela de plein droit, sans avoir besoin de faire une stipulation préalable. Ils ont à choisir entre ces deux moyens, ainsi qu'on leur en reconnaît le pouvoir, à peu près unanimement ; ils se guideront, dans ce choix, sur le but qu'ils cherchent à atteindre ; s'ils veulent faire revenir l'immeuble entre leurs mains, ils devront intenter l'action résolutoire ; si au contraire ils préfèrent s'en débarrasser, ils emploieront la folle enchère, qui a pour effet de substituer au fol enchérisseur un autre adjudicataire. Cette dernière présente de sérieux avantages, et, à moins que les colicitants n'aient changé d'avis et ne soient désireux de recouvrer le bien indivis, c'est elle qu'ils choisiront. La procédure en est, en effet, plus rapide et moins coûteuse ; en outre, elle ne fait pas retomber l'immeuble dans l'indivision. Enfin on admet que l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 ne lui est pas applicable, et, par suite, qu'à la différence de l'action résolutoire, elle peut survivre au privilège.

Il est à remarquer que le choix en question ne pourra s'exercer que si la licitation a été faite en justice, la folle enchère n'existant que dans cette hypothèse. Peu importe d'ailleurs que cette forme ait été suivie par nécessité, ou par suite d'un commun accord.

De ce que les communistes sont considérés ici comme des vendeurs, il résultera encore qu'ils n'auront l'action en rescision que s'ils ont éprouvé une lésion de plus des sept douzièmes, et encore, à condition qu'il n'y ait parmi eux aucun incapable, sans quoi la licitation ne peut avoir lieu qu'en justice, et, en pareil cas, l'article 1684 du Code civil déclare que l'action n'est pas recevable.

Enfin il découle de la même idée que les charges réelles dont les colicitants ont grevé le bien indivis seront opposables à l'étranger adjudicataire. C'est la conséquence la plus importante, nous ne la mentionnons en dernière ligne que parce qu'elle donne lieu à de grandes difficultés et que par suite elle exige qu'on s'y arrête longtemps. Si, en effet, on s'entend aujourd'hui pour reconnaître que le maintien de ces charges, après la licitation, ne fait plus aucun doute, il n'en est plus du tout de même quand il s'agit de déterminer dans quelle mesure ce maintien s'opère : sur ce point, les auteurs se divisent en nombre à peu près égal.

D'après les uns (1), sauf dans le cas exceptionnel,

(1) Rolland de Villargues, *Rép.*, V^o *Surenchère*, n^o 44 ; Demolombe, XVII, 273 ; Demante, III, 225 *bis* ; Labbé, note dans S. 75.1.431 ; Aubry et Rau, VI, § 625, p. 564, texte et note 25.

où les droits des communistes sur l'immeuble étaient déterminés avant la licitation, cas dans lequel chacun des indivisaires sera réputé vendeur pour sa part, il faut attendre le résultat du partage, dont la licitation n'est qu'une des opérations, pour savoir à qui sera attribué le prix, et seuls, les attributaires verront maintenir les droits qu'ils avaient conférés pendant l'indivision sur le bien licité.

L'effet déclaratif se produit donc ici encore, mais, non plus d'une façon intégrale, comme dans la licitation au profit du copartageant : il se manifeste seulement dans les rapports des colicitants entre eux. A l'égard de l'étranger adjudicataire, au contraire, l'acte est translatif, et la propriété est considérée comme lui venant des cohéritiers et non du *de cujus*. C'est qu'en effet si le *licitator extraneus* n'a vu dans la licitation qu'un acte d'acquisition, les colicitants l'ont envisagée, eux, comme un moyen de mettre fin à l'indivision et non comme un acte d'aliénation.

En faveur de cette opinion, on donne les arguments suivants :

En premier lieu, en vertu de la licitation, le prix se trouve venir prendre dans la masse indivise la place de l'immeuble licité ; il est distribué entre les communistes comme l'aurait été le bien lui-même s'il avait pu être partagé en nature ; or, s'il en avait été ainsi, chacun des attributaires des portions d'immeuble aurait bénéficié de l'effet déclaratif, cette règle doit donc

s'appliquer au prix qui est, en quelque sorte, subrogé au bien dont il représente la valeur ; par suite, seuls, les indivisaires auxquels aura été attribuée une portion du prix seront réputés vendeurs.

D'autre part, cette opinion a l'avantage d'éviter les recours entre copartageants; or, c'est là une des préoccupations du législateur, c'est celle qui lui a inspiré la disposition de l'article 883.

De plus, on peut citer à l'appui l'article 2205 d'après lequel les créanciers d'un cohéritier ne peuvent mettre en vente sa part dans les immeubles de la succession avant la licitation ou le partage ; le motif de cette prohibition est vraisemblablement qu'on ne sait pas encore quelle est sa part, et qu'il faut attendre sa détermination.

En outre, les créances doivent entrer, comme les autres valeurs héréditaires, dans la masse partageable, et bénéficier, à ce titre, de l'effet déclaratif ; il est donc rationnel que la créance du prix de licitation soit soumise à ce régime.

Enfin, conclut-on, le système contraire conduit à des résultats iniques ; il permet à un cohéritier de grever valablement les immeubles communs, pour sa part virile, alors que peut-être sa part effective se réduira à rien ou à presque rien. C'est ainsi qu'un cohéritier, appelé avec un autre à une succession comprenant des immeubles, pourra constituer sur ceux-ci des hypothèques absorbant la moitié de leur valeur, bien que, par

suite de rapports dont il est débiteur envers cette succession, il n'ait droit à aucune portion du prix. Il en résulte que le rapport en moins prenant ne peut s'effectuer, la créance du constituant dans le prix des immeubles, avec laquelle devrait se compenser la somme à rapporter, étant absorbée par les charges consenties, et que l'autre communiste n'a qu'une action personnelle contre son héritier, généralement insolvable.

Cette théorie qui, nous l'avons vu, compte un grand nombre de partisans, a été adoptée par de nombreux arrêts de tribunaux et de Cours d'appel (1) ; la Cour de cassation elle-même l'avait consacrée (2), mais elle vient de rendre récemment une série de décisions qui impliquent un changement de jurisprudence.

D'après une autre opinion, l'effet déclaratif ne s'applique en aucune façon quand l'adjudication est prononcée au profit d'un étranger ; par suite, les droits constitués par les communistes pendant l'indivision sont maintenus pour la part intégrale des constituants, quel que soit le résultat de la répartition ultérieure du prix. Il n'est pas douteux qu'à l'égard de l'adjudicataire, l'opération ne soit une vente, l'article 1686 du Code civil le dit de façon fort nette ; cela est si vrai que jamais personne n'a songé à le nier ; on a distingué entre les rapports du constituant avec l'adjudicataire et ceux des

(1) Rapporté dans S. 89.1.193, dans la note de M. Labbé.

(2) Cass. civ., 18 juin 1834, S. 34.1.733 ; req., 22 février 1881, S. 84.1.117.

colicitants entre eux, et c'est seulement à l'égard de ces derniers qu'on a fait intervenir l'effet déclaratif. Mais cette distinction est la condamnation même de cette théorie ! Comment un même acte pourrait-il avoir une nature juridique différente suivant qu'on envisage telles ou telles des personnes qui y ont figuré ? Comment en outre appliquer concurremment les règles propres à la vente et au partage ? Le paiement du prix figurant parmi les rapports des colicitants avec l'adjudicataire, il faut en conclure que c'est le privilège du vendeur qui le garantit. D'autre part, la licitation dont nous nous occupons a toujours été considérée comme résoluble pour inexécution des charges, car il serait incompréhensible que le seul fait d'avoir acquis de plusieurs vendeurs au lieu d'un seul, changeât à ce point la situation de l'acheteur. Quelles sont donc les règles du partage que l'on appliquera ? Exclusivement l'effet déclaratif, et encore un effet déclaratif incomplet, différant sensiblement de celui que régleme l'article 883. Théoriquement, cela semble difficile à admettre.

En pratique, si la solution opposée présente des inconvénients, celle-ci en offre d'au moins aussi graves :

Elle fait de la constitution d'hypothèques pendant l'indivision un leurre, puisque la validité du droit concédé dépendra des hasards du partage.

Elle favorise les fraudes des cohéritiers vis-à-vis des créanciers, car il leur suffira de composer d'autres biens que du prix des biens grevés la part du constituant

pour que les charges, émanant de celui-ci, soient résolues.

Elle nuit aux communistes eux-mêmes, car la licitation se fera dans de mauvaises conditions, l'adjudicataire ne sachant pas, au moment où il acquiert, quelles sont les charges qui pèsent définitivement sur le bien acquis. Dans le même ordre d'idée, l'adjudicataire se trouve dans l'impossibilité de purger, car il lui est nécessaire, pour accomplir cette formalité, de connaître les créanciers hypothécaires, or il ne peut encore les connaître puisque c'est le partage qui les déterminera. Un auteur (1) évite cette objection en refusant aux créanciers de l'héritier attributaire du prix le droit de surenchérir, mais cette solution est critiquable, car, en l'absence d'un texte formel, on ne peut pas enlever aux créanciers hypothécaires la faculté d'exercer leurs droits avec tous leurs compléments et accessoires.

Quant aux arguments invoqués par les partisans du système précédent, ils ne sont pas irréfutables. L'idée de subrogation réelle, à laquelle se ramène leur théorie, constitue une explication illusoire, car il n'y a pas dans notre droit de subrogation sans un texte formel.

D'un autre côté, l'article 2205 ne fournit pas l'argument qu'on veut en tirer; s'il refuse aux créanciers d'un cohéritier le droit de faire vendre les immeubles de la succession, ce n'est pas parce que la part de ce

(1) Demolombe, *loc. cit.*

dernier ne sera déterminée que plus tard par l'effet du partage, mais parce que ce partage n'implique pas forcément la vente des immeubles, et que le législateur entend favoriser la répartition en nature, qu'il préfère de beaucoup à l'autre.

En ce qui concerne l'argument tiré des créances héréditaires il nous paraît n'avoir pas son application ici. La créance du prix de licitation n'est pas une créance héréditaire, puisqu'elle ne prend naissance qu'après le décès du *de cujus* et à son occasion. En outre, on est loin d'être d'accord pour appliquer l'effet déclaratif aux créances. La jurisprudence notamment est divisée. On relève des arrêts de cassation dans les deux sens (1).

Le système que nous venons d'exposer est soutenu par un parti très important, dans la doctrine (2). Quant à la jurisprudence, bien que quelques cours d'appel se soient, de très bonne heure, prononcées en ce sens (3), elle suivait l'opinion contraire. Mais, depuis quelques années, la Cour de cassation l'a abandonnée ; cette volte-face s'est manifestée par l'arrêt du 14 décembre 1887 de la Chambre civile (4). Bien que cet arrêt consacrat une solution nouvelle, plusieurs auteurs, ne pou-

(1) V. références citées en note sous arrêt du 23 mars 1881, S. 82.1.217.

(2) Chabot, sur l'art. 882, n° 5 ; Colmet de Santerre, VI, 149 *bis*, II, et *Rev. crit.*, 1864, p. 490 ; Pont, *Priv. et hypoth.*, I, 291 ; Laurent, X, 399, 400, 406 et 407 ; Huc, V, 442 et 443 ; Le Sellyer, III, 1796 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 4310, 4311.

(3) Orléans, 7 février 1845, S. 48.1.561.

(4) S. 89.1.193.

vant croire à un changement si radical, avaient essayé de le concilier avec le précédent (1881). M. Labbé (1) rapporte deux tentatives de ce genre, et en propose une troisième. Ces explications et distinctions paraissent arbitraires. D'ailleurs, dans les décisions qu'elle a rendues postérieurement, à plusieurs reprises, la Cour de cassation a montré qu'elle entendait établir une jurisprudence nouvelle. Des arrêts tout récents, tous dans le même sens, sont intervenus sur ce point (2). Les tribunaux et Cours d'appel paraissent s'incliner devant cette nouvelle manière de voir (3).

En résumé, chacun de ces deux systèmes présente incontestablement de graves inconvénients, mais, outre que le second entraîne peut-être moins de conséquences fâcheuses, il nous paraît plus conforme aux textes. L'article 883, consécration, dans notre droit, de l'effet déclaratif du partage, n'est relatif, en ce qui concerne la licitation, qu'au cas où l'adjudicataire est un communiste ; nous sommes ici en dehors de ce cas, l'effet déclaratif est donc hors de cause. Sans doute, il est infiniment regrettable qu'un communiste puisse vala-

(1) En note dans S. 89.1.193 et 196.

(2) Cass. civ., 17 fév. 1892, S. 94.1.417 ; Req., 19 oct. 1896, S. 98.1.44 ; Civ., 7 juin 1899, S. 99.1.457.

(3) Seine, 30 oct. 1893, *Monit. jud. Lyon*, 4 déc. 1893 ; Caen, 30 oct. 1894, *Pand. fr. pér.*, 96.2.33 ; Douai, 26 mars 1896, *Pand. fr. pér.*, 97.2.124 ; Limoges, 23 mai 1896, *Rec. arr. Riom et Limoges*, 1896-1897, p. 253 ; Riom, 18 déc. 1896, *ibid.*, p. 120 ; Amiens, 29 déc. 1896, *J. arr. Amiens*, 1897, p. 193 ; Bordeaux, 21 juill. 1898, *J. arr. Bordeaux*, 1899, t. 40 ; Caen, 1^{er} mai 1899, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1899, t. 83.

blement faire sur la chose indivise des actes de disposition, alors qu'il se trouvera peut-être, en vertu des résultats du partage, ne pouvoir prétendre à aucune parcelle de cette chose ou de sa valeur, mais l'hypothèse qui nous occupe n'est pas la seule où la stricte interprétation des textes conduise à des résultats illogiques ou même iniques. D'ailleurs, en pratique, on a cherché et, dans une certaine mesure, trouvé le moyen d'obvier à l'inconvénient dont il s'agit : le *de cujus* peut, par testament, répartir la quotité disponible entre les héritiers qui risquent, par le fait de l'un d'eux, de ne pas recueillir des biens héréditaires tout ce qui devrait leur en revenir. Au cas de succession collatérale, où il n'y a plus de réserve, il peut laisser les immeubles à un cohéritier solvable, à la charge d'en verser le prix dans la succession ; le partage portera alors sur des valeurs en espèces. D'autre part, le *de cujus* pourra léguer aux héritiers débiteurs de rapports le montant de ces rapports, pour les remplir de leurs parts, ce qui les fera sortir immédiatement de l'indivision et leur enlèvera tout droit de grever les biens indivis.

CHAPITRE III

ADJUDICATION AU PROFIT D'UN COMMUNISTE ET D'UN ÉTRANGER.

De même que dans le cas précédent (adjudication à un étranger), la licitation ne produit plus ici l'effet déclaratif. La raison en est que, d'une part, il est impossible de savoir qui des deux adjudicataires aura plus tard la propriété exclusive, ce qui empêche de songer à admettre ou écarter l'effet déclaratif, selon que c'est le tiers ou le colicitant qui restera seul propriétaire, cette situation risquant de se prolonger fort longtemps. D'autre part, on ne peut appliquer la règle pour partie seulement, étant donné ce caractère, propre aux droits réels, d'être opposables à tous, de n'être pas susceptibles, à la différence des droits de créance, d'exister à l'égard des uns et de ne pas exister à l'égard des autres.

Il faut donc soumettre au même régime les deux adjudicataires, imposer l'effet translatif même au communiste ou en dispenser même le tiers. C'est la première solution qu'il est préférable d'adopter, car l'effet déclaratif est une faveur accordée aux copartageants ; les étrangers n'ont pas le droit d'y prétendre. Elle est

généralement admise, en doctrine et en jurisprudence (1).

Mais elle ne serait plus applicable, les motifs qui l'ont fait accepter disparaissant, si l'adjudication avait été prononcée par portions distinctes : en pareil cas, l'effet déclaratif se produit en ce qui concerne la part du colicitant (2).

On considère qu'il y a alors licitation de plusieurs immeubles plutôt que licitation d'un seul. Mais cela suppose que l'immeuble licité était partageable en nature, puisqu'on a pu le diviser en lots.

(1) Cass. req., 8 mars 1875, S. 75.1.449 ; civ., 17 nov. 1890, S. 94.1.399 ; Fuzier-Herman, art. 883, n° 122 ; Aubry et Rau, VI, p. 564, § 625.

(2) Douai, 25 juillet 1848, S. 49.2.396 ; Laurent, X, 399 ; Fuzier-Herman, art. 883, n° 123.

CHAPITRE IV

NULLITÉ ET RESCISION DE LA LICITATION.

La licitation est soumise aux règles générales de la nullité des obligations, et en outre, à la rescision pour lésion comme le partage et la vente. Aussi nous bornons-nous à renvoyer aux dispositions du Code traitant de ces matières, si la licitation ne présentait à ce point de vue quelques particularités que nous allons examiner.

A. — *Nullité de la licitation.* — Il y a peu de chose à dire sur la nullité : ce sont les règles générales qui sont applicables pour les cas où elle s'ouvre (erreur de fait, dol, violence, incapacité) et pour l'extinction de l'action qui en résulte ; toutefois, sur ce dernier point, il existe, au cas de licitation-partage, une fin de non-recevoir spéciale, lorsque la nullité est fondée sur le dol ou la violence ; l'article 892 du Code civil l'indique : l'action n'est plus recevable si le cohéritier a aliéné le bien licité postérieurement à la découverte du dol ou à la cessation de la violence.

B. — *Rescision de la licitation.* — Ici les particularités sont plus nombreuses. En premier lieu, la quotité de la lésion, nécessaire pour que l'action en rescision

prenne naissance, varie selon que la licitation présente le caractère d'une vente ou celui d'un partage ; dans la première hypothèse, il faut que la lésion soit de plus des sept douzièmes, dans la seconde, il suffit qu'elle dépasse le quart. De même, quant aux personnes pouvant demander la rescision : dans le premier cas, l'adjudicataire n'a pas cette faculté (art. 1683, C. civ.).

En outre, une question se pose ici qui ne se pose pas ailleurs : comment calcule-t-on la lésion, lorsque l'indivision ne portait pas seulement sur le bien licité, mais sur une « masse » ? est-ce par rapport à celui-là seulement ou par rapport à la masse entière ? Suivant l'une ou l'autre solution, la quotité exigée sera différente. La question est discutable ; il nous semble qu'on doive apprécier la lésion eu égard au bien licité seulement, car si la licitation n'est, en elle-même, qu'une des opérations du partage, elle constitue pourtant un acte distinct.

Enfin, une dernière caractéristique : la licitation, lorsqu'elle vaut vente, ne peut être rescindée pour cause de lésion, lorsque parmi les communistes figuraient des incapables, l'article 1684 refusant l'action en rescision contre les ventes ne pouvant avoir lieu que par l'autorité de justice.

Quant à l'effet produit par la nullité ou la rescision, il est soumis aux règles générales ; il a pour résultat de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la licitation. Si aucune aliénation ni constitution de droits réels n'a été consentie par l'adjudicataire, dans

l'intervalle rien de plus simple. La chose ne souffre pas non plus de difficulté, malgré les aliénations ou constitutions, lorsque l'adjudication sur la seconde licitation est prononcée au profit de la même personne ; mais au cas contraire, il faut décider que les droits, qui ont été concédés entre les deux licitations, tombent, comme ayant été accordés par un non-propriétaire.

APPENDICE

LICITATION ET TRANSCRIPTION.

Au cours des développements qui précèdent, sur les effets de la licitation, nous avons eu, à plusieurs reprises, occasion de parler de la transcription, et nous avons annoncé que les rapports de ces deux institutions feraient, dans notre ouvrage, l'objet d'une étude spéciale. Nous y arrivons en ce moment.

La transcription est requise par nos lois pour atteindre deux buts très différents : c'est, d'une part, en vertu du Code civil et du Code de procédure, le préliminaire indispensable de la purge : c'est, d'autre part, depuis la loi du 23 mars 1855, une formalité nécessaire pour rendre opposables aux tiers, principalement les actes translatifs d'immeubles et de droits réels immobiliers. Lorsque la licitation se termine par l'adjudication à un étranger, elle est certainement soumise à transcription, pour être opposable aux tiers, mais lorsqu'elle prend fin par l'adjudication à un communiste, elle produit l'effet déclaratif et ne tombe plus sous le coup de la loi de 1855. Est-ce à dire qu'elle n'ait plus besoin d'être transcrite ? Il reste encore le second point de vue auquel cette formalité est requise, celui de la purge. Toutefois, pour

que le communiste adjudicataire puisse purger, il faut 1^o qu'il ait intérêt à le faire, 2^o qu'il en ait le droit. Or, il semble, à première vue, qu'il soit difficile de trouver ces deux conditions réunies. Nous allons voir pourtant, en examinant successivement la situation des différents communistes, que l'hypothèse peut se présenter.

I. — *Héritiers.*

En principe, l'héritier n'a pas à s'occuper de la purge, car, d'un côté, les hypothèques constituées par ses co-héritiers tombent en vertu de l'effet déclaratif, et de l'autre, il ne peut purger celles qui ont été inscrites du chef du *de cujus* ou du sien, en étant tenu personnellement. On sait que la condition essentielle pour pouvoir recourir à la purge est de ne pas être personnellement obligé au paiement de la dette (1). Cela résulte implicitement de plusieurs textes, notamment de l'article 2181, qui parle de « tiers détenteur », des articles 2183 et 2185, employant l'expression de « nouveau propriétaire » et des articles 2184 et 2188, contenant les termes « d'acquéreur » et de « donataire ».

On ne peut même pas purger, mais ce point est contesté, alors qu'on n'est obligé qu'hypothécairement, quand on a pris part à l'acte de constitution (caution réelle) ; car on s'est engagé implicitement, en pareil cas, à maintenir l'hypothèque jusqu'à paiement, et la purge,

(1) Cass., 5 déc. 1882, S. 83.1.115 ; Paris, 9 juill. 1892, D. 93.2.369.

restreignant l'exercice du droit des créanciers hypothécaires, constitue une violation du contrat.

Mais si, en principe, l'héritier, adjudicataire sur licitation d'un immeuble de la succession, n'est pas admis à purger, en est-il encore de même lorsqu'il n'a accepté cette succession que sous bénéfice d'inventaire ? La question est controversée, du moins dans la doctrine, car la jurisprudence a décidé très nettement que l'héritier bénéficiaire peut purger, et, à ce titre, doit transcrire (1).

La plupart des auteurs sont également en ce sens (2). Ils tirent argument de la solution, à peu près incontestée, d'après laquelle l'héritier bénéficiaire, se portant adjudicataire d'un immeuble héréditaire aux cours de la vente aux enchères qu'il poursuit pour opérer la liquidation de la succession, se trouve, par le double effet de sa qualité d'administrateur légal, en vertu de laquelle il agit, et de la séparation, produite par l'acceptation bénéficiaire, entre son patrimoine et celui du défunt, non pas acquérir, car il était déjà propriétaire, mais détenir l'immeuble, en qualité d'acheteur, et non

(1) Cass., 12 nov. 1823, S. chr. ; 26 déc. 1831, S. 32.1.121 ; 21 janv. 1839, S. 39.1.136 ; 12 août 1839, S. 39.1.781 ; 15 avr. 1840, S. 40.1.452 ; 10 avr. 1848, S. 48.1.402 ; 22 juin 1870, S. 70.1.323 ; 27 nov. 1872, S. 73.1.86 ; toutes chambres réunies, 12 janv. 1876, S. 76.1.81.

(2) Pont, *Priv. et Hypoth.*, II, 1274 ; Demolombe, XV, 491 *bis* ; Naquet, *Dr. d'enreg.*, II, 872 ; Murlon, *Transcript.*, I, p. 83 ; Demante, *Principes de l'enreg.*, II, 675 ; Fuzier-Herman, art. 883, n° 96 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3377.

plus en qualité d'héritier, ce qui lui donne le droit de payer, car on le considère comme un tiers détenteur relativement à cet immeuble. Et ils raisonnent ainsi : lorsque ce même héritier, en concours avec d'autres, également bénéficiaires, acquiert l'immeuble commun à la suite d'une licitation, il doit avoir la même faculté, car la situation est analogue ; il détient désormais cet immeuble, non plus comme héritier, mais comme tiers acquéreur. On a objecté le cas de l'héritier pur et simple, qui, bien qu'ayant payé sa part dans la dette héréditaire, n'a pas le droit de purger, mais c'est qu'il continue la personne du défunt, et que, par suite, la situation est la même que s'il avait pris part lui-même au contrat hypothécaire ; il se trouve intégralement tenu de l'obligation qui en découle, et qui est indivisible ; en outre, à quoi lui servirait de purger, puisqu'il est tenu *ultra vires* des dettes du *de cujus* et qu'il peut être poursuivi sur ses propres biens ?

On objecte aussi la décision donnée à propos de la caution réelle : on dit qu'on ne peut conclure de ce que l'héritier bénéficiaire peut délaisser, qu'il peut aussi purger car la seconde faculté n'est pas la conséquence forcée de la première ; la preuve en est que la caution réelle a le droit de délaisser tandis qu'il lui est interdit de purger. Mais c'est qu'en constituant hypothèque pour la dette d'autrui, on s'engage implicitement à ne pas entraver le droit du créancier de poursuivre la réalisation de son gage hypothécaire, et la purge porterait

atteinte à ce droit. L'héritier bénéficiaire, au contraire, en vertu du bénéfice d'inventaire, n'est pas considéré comme le continuateur de la personne du défunt, et, en l'espèce particulière, comme lié par le contrat hypothécaire conclu par ce dernier. Il est vrai que, lorsqu'il lui est attribué un immeuble de la succession, par suite d'un partage, et pour le remplir de ses droits, il ne peut opérer la purge, mais c'est qu'en pareil cas la base manque pour effectuer cette opération ; comment pourrait-il offrir aux créanciers inscrits la valeur de l'immeuble, puisqu'elle n'a pas été déterminée dans les formes légales ? Il faudrait qu'il recourût préalablement à cette détermination dans les formes requises par les articles 987 et suivants du Code de procédure, et c'est l'adjudication intervenant à la suite de cette procédure qui servirait de base à la purge. Dans l'hypothèse d'une licitation, il est inutile de procéder à ces formalités, puisque la valeur de l'immeuble a été déterminée à la suite d'enchères, et par conséquent dans des conditions donnant toute garantie aux créanciers.

Tel est le raisonnement des nombreux auteurs qui accordent à l'héritier bénéficiaire le droit de purger. Mais il y en a quelques autres (1) qui le lui refusent. Bien que leur opinion soit presque isolée, nous croyons que c'est elle qui fait l'application des vrais principes. La question a été, en particulier, exposée par M. Pla-

(1) Valette, *Mélanges de droit et de jurisprudence*, II, p. 143 ; M. Planiol, *Rev. crit.*, 1891, p. 489.

niol (*loc. cit.*) d'une manière saisissante. Cet auteur accorde à l'héritier bénéficiaire le droit de purger lorsqu'il s'est porté adjudicataire dans une adjudication ordinaire, c'est-à-dire dans une vente aux enchères provoquée par lui pour liquider la succession, car, s'il n'y a pas alors changement de propriétaire, il y a du moins changement de titre de propriété ; l'héritier détiendra l'immeuble *pro emptore* au lieu de *pro herede*, et il se trouve, vis-à-vis des créanciers hypothécaires, dans la situation d'un adjudicataire ordinaire. « Cette solution est-elle encore applicable, dit-il, quand l'adjudication a été prononcée entre cohéritiers tous bénéficiaires..., procédant entre eux au partage de la succession ? La situation est toute différente de la précédente ; l'adjudicataire était, dans celle-là, un liquidateur légal, et l'adjudication ayant lieu à son profit ne pouvait être qu'une vente, mais ici les héritiers partagent sous la forme d'une licitation, cette licitation vaut nécessairement partage puisque l'adjudication a lieu à l'un des copropriétaires. Pour que le bien fût désormais bien personnel de l'héritier, il faudrait que la licitation valût vente, qu'elle donnât à l'héritier bénéficiaire un titre nouveau, qu'elle eût cette force translatrice que nous avons reconnue à celle du cas précédent. Or, il n'en est rien, cette licitation est déclarative et produit les effets du partage, car elle intervient au profit d'un colicitant (art. 883). L'adjudicataire ne possède pas à un titre nouveau : la licitation a fait ce qu'eût produit un allotissement ; il possède toujours *pro herede*. »

Nous croyons que c'est la solution exacte. L'héritier bénéficiaire, lorsqu'il se porte adjudicataire sur une vente poursuivie par lui pour liquider la succession, n'agit pas en la même qualité que lorsqu'il se fait adjudger sur licitation un immeuble indivis entre lui et ses cohéritiers, car si, dans la première hypothèse, il se conduit en liquidateur, dans la seconde il se conduit en copartageant ; cela nous semble certain ; l'acte a eu, en pareil cas, pour but et pour effet de mettre fin à l'indivision, c'est donc un acte de partage. La seule circonstance que l'adjudicataire était un héritier bénéficiaire au lieu d'un héritier pur et simple ne peut suffire à modifier le principe. L'article 883, d'ailleurs, ne distingue pas.

D'après M. Labbé (1), « cette objection est sans valeur. Dans toutes les opinions la faculté de purger doit être reconnue. Les hypothèques que l'adjudicataire veut éteindre sont celles provenant du chef du défunt. Si on applique à la solution de notre question l'effet déclaratif du partage, l'héritier est censé avoir acquis directement du défunt la totalité de l'immeuble à lui échu sur licitation. Nous devons le traiter comme s'il avait été seul appelé à la succession. Ayant accepté sous bénéfice d'inventaire, n'étant plus comptable, envers les créanciers, de l'immeuble sorti de la masse successorale par l'adjudication, il a la faculté de la purge. »

(1) Labbé, *Rev. crit.*, 1874, p. 348.

Ce raisonnement nous paraît erroné. M. Labbé nous semble faire produire, dans l'espèce, à la licitation, deux effets absolument incompatibles. « Si l'on applique l'effet déclaratif, dit-il, l'héritier bénéficiaire sera censé tenir directement du défunt l'immeuble tout entier, et par suite se trouvera dans la situation d'un héritier unique : il devrait être obligé de respecter les hypothèques constituées par le défunt, mais il n'est plus comptable, envers les créanciers, de l'immeuble sorti de la masse successorale par l'adjudication ; il est, vis-à-vis d'eux, un tiers détenteur, il peut donc purger. » Mais, si l'immeuble est sorti de la masse successorale, c'est qu'on considère l'adjudicataire comme le détenant, non plus en qualité d'héritier, mais en qualité d'acquéreur, de *licitator extraneus*, or, en pareil cas l'effet déclaratif ne peut se produire.

La question s'est posée également pour les successeurs irréguliers. Il faut remarquer, à ce propos, qu'elle ne se pose plus pour les héritiers naturels depuis la loi du 25 mars 1896, qui, en leur accordant la saisine et en les soumettant à l'obligation de payer les dettes *ultra vires*, les a assimilés aux héritiers légitimes ; pas plus que ceux-ci ils ne peuvent donc purger. Mais que décidait-on avant cette réforme ? La doctrine était divisée : la grande majorité des auteurs pourtant admettait qu'ils n'étaient tenus qu'*intra vires*, et qu'ils pouvaient recourir à la purge. Quelque solution qu'on admit au sujet de leur obligation aux dettes, nous pen-

sons qu'on devait leur refuser le droit à la purge, car en leur qualité d'héritiers ils étaient tenus personnellement. Un arrêt du tribunal de la Seine (1) confirme cette manière de voir, en décidant que les héritiers naturels ne sont tenus qu'*intra vires*, mais n'ont pas pour cela la faculté de purger, étant tenus personnellement.

A l'égard du conjoint survivant, ce n'est que le 16 mars 1882 que la jurisprudence a eu à se prononcer ; la question est venue devant la Cour de Toulouse, qui a décidé que cet héritier « était dans la même situation, activement et passivement, que les héritiers légitimes ».

Quant à l'Etat, tout le monde admet qu'il n'est tenu qu'*intra vires*, même ceux qui soumettent les autres successeurs irréguliers à l'obligation indéfinie aux dettes ; ils considèrent qu'il n'y a pas là une véritable succession. Il faudrait donc décider qu'au cas de licitation à son profit d'un bien dont il recueille une partie par déshérence, il doit faire transcrire le jugement d'adjudication. Une pareille hypothèse est d'ailleurs difficile à concevoir.

II. — *Légataires.*

a) Au sujet des légataires universels et à titre universel, on est également loin de s'entendre. Il n'y a d'exception que pour le légataire universel saisi, c'est-à-dire, ne se trouvant pas en concours avec un héritier réservataire ; pour celui-là, tout le monde décide qu'il est tenu *ultra vires* et qu'il lui est interdit de pur-

(1) 6 mai 1893, *Rép. Enregistr.*, art. 8085.

ger. Mais pour les autres (le légataire universel non saisi et le légataire à titre universel) les difficultés sont grandes. La plupart des auteurs (1) admettent qu'ils ne sont tenus qu'*intra vires*. Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence avait adopté très nettement le système contraire ; elle décidait que les légataires et donataires universels et à titre universel étaient tenus *ultra vires* des dettes de la succession à moins d'acceptation bénéficiaire de leur part (2).

Mais dans un arrêt récent (3), la chambre civile a déclaré, à propos d'une licitation où s'était porté adjudicataire un légataire universel, et qui ne présentait d'ailleurs pas le caractère déclaratif (car il s'agissait d'une indivision pour l'usufruit seulement, et l'adjudication avait porté sur la pleine propriété), qu'il y avait lieu à transcription, et, parmi les motifs sur lesquels est basé l'arrêt, figure celui-ci : « Attendu que X ne continue pas, à raison de l'existence de l'héritier réservataire, la personne du défunt... »

Est-ce là un revirement de jurisprudence, et la Cour suprême va-t-elle décider maintenant que seul le légataire saisi est tenu *ultra vires* et ne peut pas purger ?

(1) Chabot, art. 717, n° 18 et 773, n° 7 ; Toullier, IV, 526 ; Duranton, VI, 63 ; Vazeille, art. 757 ; Marcadé, art. 724⁴ ; Demante, III, 24 bis, IV, Aubry et Rau, VI, p. 257, § 583, note 3 et s. ; Laurent, X, nos 226 et 244 ; Labbé, note S. 83.2.273.

(2) Cass. civ., 13 août 1851, S. 51.1.657, pour le légataire universel, en concours ou non avec un héritier réservataire ; Cass. req., 11 mai 1870, D. 71.1.441 pour le légataire à titre universel.

(3) Cass. civ., 12 mai 1897, *Pand. fr.*, 97.6.41.

Etant données les circonstances particulières dans lesquelles a été rendu cet arrêt, il convient d'attendre, avant de répondre, qu'il en ait été rendu d'autres dans le même sens. L'administration de l'enregistrement, qui avait suivi la jurisprudence antérieure, doit être de cet avis, car nous n'avons pas trouvé de décisions nouvelles de sa part, sur ce point.

Pour nous, nous ne pouvons que donner, à l'égard du donataire ou légataire universel ou à titre universel, la même solution que précédemment. Nous avons estimé que l'héritier bénéficiaire adjudicataire d'un bien indivis de la succession ne pouvait pas purger, parce que sa qualité de « bénéficiaire » ne l'empêchait pas, à nos yeux, de se porter adjudicataire « à titre d'héritier », et par conséquent, d'être tenu personnellement des dettes de la succession. *A fortiori* la même conclusion s'impose ici, car les légataires universels et à titre universel sont tenus personnellement de toutes les obligations du défunt (1009 et 1012 C. civ.), et l'on ne peut invoquer, lorsqu'ils acceptent purement et simplement, la séparation produite par le bénéfice d'inventaire entre le patrimoine du *de cujus* et celui du successeur. La question de savoir s'ils sont ou non obligés *ultra vires* est même indifférente, car l'impossibilité de purger dérive, à notre avis, non pas de la saisine, non pas même du fait d'être tenu *ultra vires* mais de celui d'être « personnellement obligé » à la dette.

Ainsi l'arrêt de 1897 nous semble-t-il critiquable en ce

que, de la règle posée par lui que l'obligation indéfinie aux dettes héréditaires s'applique aux seuls légataires saisis, il conclut que seuls ces légataires sont dans l'impossibilité de purger.

b) Légataires à titre particulier. — Lorsqu'un immeuble, légué à plusieurs personnes, est adjugé à l'une d'elles sur licitation le légataire adjudicataire peut-il purger, et, par suite, doit-il transcrire ? L'affirmative ne semble pas pouvoir faire de doute. Le légataire particulier ne contribue pas aux dettes de la succession, il n'est donc pas tenu personnellement. Il n'est tenu qu'hypothécairement, sur l'immeuble à lui légué, comme tout détenteur d'un bien hypothéqué, mais il peut se libérer en délaissant. D'un autre côté, il ne peut être considéré comme ayant été partie au contrat hypothécaire, n'étant ni caution réelle ni continuateur de la personne du défunt. Il peut donc purger. Mais quel est l'acte à transcrire ? est-ce le testament ou le jugement d'adjudication ? Des auteurs ont soutenu que c'est le testament, car, en vertu de l'effet déclaratif attaché à la licitation, l'adjudicataire est censé tenir directement du défunt ses droits sur l'immeuble, or, en l'espèce, c'est le testament qui lui a conféré des droits sur l'immeuble; la licitation n'a fait que les déterminer, c'est donc lui qu'il faut transcrire. Nous croyons ce raisonnement inexact. Quel est le but de la transcription ?

(1) Demante, note dans S. 89.4.385 et 93.4.145 ; Testoud, *Rev. crit.*, 1890, p. 262.

Porter à la connaissance des tiers les actes qui modifient la situation juridique d'un bien. La licitation, objecte-t-on, est déclarative, non translatrice de droits, et, en vertu de cette particularité, l'adjudicataire est censé investi de ses droits sur l'immeuble, dès le jour où l'indivision a pris naissance, il n'en est pas moins vrai que c'est par suite de la licitation que la situation de ce bien se trouve modifiée, or c'est justement ce changement qu'il importe aux tiers de connaître, c'est donc l'acte qui l'a produit qu'il faut porter à leur connaissance.

III. — *De l'époux survivant, agissant en qualité de commun en biens.*

Nous supposons ici l'époux survivant dans l'indivision, par suite, non plus de sa qualité d'héritier, mais de celle de commun en biens. Devenu, en vertu d'une adjudication sur licitation, unique propriétaire d'un immeuble indivis entre la communauté et lui, a-t-il le droit de purger ? La question ne présente aucune difficulté si c'est le mari qui survit, car il est obligé personnellement vis-à-vis des créanciers de la communauté, qui peuvent le poursuivre même sur ses biens propres. Elle est plus délicate s'il s'agit de la femme, à raison de son bénéfice d'émolument, qui la met, suivant certains auteurs, dans la même situation juridique que l'héritier bénéficiaire ; mais, outre que nous n'avons pas reconnu à celui-ci la faculté de purger, il est fort contestable que le bénéfice d'émolument soit une institution semblable au bénéfice d'inventaire. On admet au contraire,

généralement, qu'à la différence de ce dernier, il n'entraîne pas de séparation entre le patrimoine propre de la femme et la part de celle-ci dans la communauté, que, par suite la femme peut être poursuivie, pour les dettes communes, sur ses biens personnels, le seul effet de son bénéfice étant de lui permettre de ne payer que jusqu'à concurrence de l'actif qu'elle recueille.

IV. — *Communistes n'ayant pas de titre commun.*

La jurisprudence, après avoir donné la solution contraire, décide maintenant d'une manière très ferme, que ces personnes, lorsqu'elles se portent adjudicataires du bien indivis, doivent transcrire (1).

On a voulu justifier cette jurisprudence en invoquant, d'une part, la tradition, de l'autre, la préoccupation d'éviter les fraudes.

Il est exact que cette solution était déjà donnée dans l'ancien droit (2).

Il est vrai également qu'avant son adoption on avait à redouter qu'un tiers, désireux d'acquérir un immeuble, ne parvînt à se soustraire au droit de transcription en acquérant une portion indivise de ce bien, et en se rendant ensuite acquéreur de la totalité sur licitation. C'est ce que nos anciens jurisconsultes avaient voulu

(1) Cass., 21 janvier 1840, S. 40.1.309 ; Cass., ch. réunies, 19 décembre 1845, D. 46.1.17 ; Cass., 17 janvier 1881, S. 81.1.229 ; 10 novembre 1891, S. 92.1.303.

(2) Fonmaur, *Traité des fiefs*, n° 307 ; Guyot, *Traité des fiefs*, observations sur les licitations, chap. III, sect. III, § 5 ; Pothier, *Traité des fiefs*, 1^{re} part., chap. V, § 13. Arrêts : du 13 décembre 1640, cité par Ferrière, *Comment. de la Cout. de Paris*, p. 444, n° 31 ; du 22 août 1749, cité par Merlin, *Rép.*, V° *Licit.*, § 4, p. 479.

empêcher. Mais il n'est pas prouvé que ce soient ces deux motifs qui aient inspiré la jurisprudence actuelle ; car elle avait, en dehors d'eux, une raison suffisante : c'est que les communistes n'ayant pas de titre commun, ont intérêt à transcrire, non pas au point de vue de la transmission de la propriété, mais au point de vue de la purge. On peut remarquer en effet qu'ils se trouvent tous en situation de purger, car aucun d'eux n'est tenu personnellement des dettes de l'auteur commun.

Une difficulté s'élève, toutefois, sur le point de savoir quel est l'acte qu'il faut transcrire ; il semble assez naturel que ce soit le jugement d'adjudication, puisque c'est grâce à lui que l'adjudicataire devient seul propriétaire de l'immeuble indivis, mais certains auteurs ont fait remarquer qu'en vertu de l'effet déclaratif, l'acquéreur était censé tenir directement de l'auteur commun tout le bien licité, et que, par suite, c'était l'acte par lequel ce dernier lui avait conféré des droits indivis, qui constituait l'acte d'acquisition et devait former, à ce titre, la base de la procédure de la purge. On se souvient qu'une question analogue s'est posée à propos du légataire particulier d'une portion indivise d'un immeuble, adjudicataire sur licitation, de cet immeuble. Nous avons conclu que c'était le jugement d'adjudication qu'il fallait transcrire, et non le testament. Ici encore c'est, croyons-nous, le jugement d'adjudication qui doit être transcrit. La transcription dont il s'agit ici est celle qui est nécessaire pour procéder

aux formalités de la purge, et non celle qui est imposée par la loi du 23 mars 1855.

Or, si théoriquement, le cessionnaire d'une part indivise d'un immeuble a le droit de purger les hypothèques de l'auteur commun et de son cédant, en réalité il se trouve dans l'impossibilité de l'exercer tant que l'indivision persiste, car c'est seulement si l'adjudication est prononcée en sa faveur que la purge est maintenue. En un mot, comme tous les actes accomplis pendant l'indivision et devant avoir leur effet après sa cessation, la purge est subordonnée au résultat du partage. Il nous paraît normal, que l'acte qui doit être porté à la connaissance des créanciers, soit celui qui donne le droit définitif de recourir à cette procédure, plutôt que celui qui ne confère qu'un droit purement éventuel.

Il reste à dire ce qu'il faut entendre par *copropriétaires ayant un titre commun* ou, comme on dit aussi, par *copropriétaires au même titre*. Ce sont ceux qui tiennent leurs droits du même fait juridique. Sont tels : les coacquéreurs ou codonataires en vertu du même acte ; les cohéritiers, les colégataires, les légataires universels ou à titre universel, par rapport aux cohéritiers avec qui ils se trouvent en concours ; les successeurs universels ou à titre universel d'un communiste, par rapport aux autres communistes. Au contraire, n'ont pas de titre commun : les cessionnaires, par rapport aux héritiers, les cessionnaires d'héritiers différents, et même, aux yeux de la jurisprudence les cessionnaires

d'un même communiste si les cessions ont été faites dans des actes distincts, car, avant de consentir la seconde, le cédant s'est trouvé dans l'indivision avec le premier cessionnaire et il a pu grever le bien indivis d'hypothèques qui seraient inopposables à celui-ci, devenu adjudicataire, mais qui seraient valables à l'égard du second cessionnaire, titulaire de la propriété intégrale, à la suite de la licitation (1).

Mais que faut-il décider si les deux actes, quoique distincts, sont simultanés ? Il est certain qu'il n'y a pas *titre commun* si l'on prend cette expression au pied de la lettre, mais le sens véritable qu'on doit lui donner n'est peut-être pas celui-là. En parlant d'*identité d'acte*, N'a-t-on pas entendu simplement exiger la *simultanéité* ? Il est permis de le supposer, car, au point de vue de la purge, les différents cessionnaires se trouveront dans la même situation que s'ils tenaient leurs droits d'un acte unique.

(1) Cass., 4 juin 1890, S. 91.1.135.

Vu :

Le Président de la thèse,
ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
DÉFINITION ET ORIGINES DE LA LICITATION.	1

PREMIÈRE PARTIE CONDITION DE LA LICITATION

CHAPITRE PREMIER. — Des personnes qui demandent la licitation.	7
---	---

SECTION I. — <i>Qui peut demander la licitation</i>	7
---	---

Application de l'article 815. Le droit de demander la licitation est d'ordre public. Conséquences. Exception : article 815, 2^e alinéa ; convention de ne pas liciter. Sa portée. Le cessionnaire d'une part indivise peut-il demander la licitation ?

La licitation ne peut être demandée qu'en vertu d'un droit certain. Applications de ce principe. Titulaire d'un droit soumis à une condition suspensive, à une condition résolutoire.

La licitation peut-elle être demandée par les créanciers ? Distinction. Controverse. La convention d'indivision est-elle opposable aux créanciers ? Controverse.

SECTION II. — <i>Capacité requise pour demander la licitation</i> .	22
---	----

a) Mineurs ou interdits : α) en tutelle ; β) émancipés ; γ) sous l'administration légale de leur père. — b) Absents et non présents. Sanction commune de l'inobservation des règles imposées à ces deux catégories d'incapables. — c) Femmes mariées. Sanction. — d) Personnes munies d'un conseil judiciaire. — e) Individus non interdits placés dans un établissement d'aliénés. — f) Faillis. — g) Liquidés judiciairement.

CHAPITRE II. — Des personnes qui défendent à la licitation.	38
SECTION I. — Capacité pour défendre à l'action en licitation.	
SECTION II. — Contre qui doit être demandée la licitation. .	38
CHAPITRE III. — Cas dans lesquels il y a lieu à licitation.	40
Il faut : a) qu'il y ait indivision. — b) que le partage en nature ne soit pas possible (du moins pour la licitation judiciaire). — c) qu'on ne se trouve pas dans les circonstances exceptionnelles où l'on ne peut mettre fin à l'indivision.	
CHAPITRE IV. — Objet de la licitation	53
CHAPITRE V. — Formes de la licitation	61
SECTION I. — Licitation amiable.	61
SECTION II. — Licitation judiciaire	64
Ses deux variantes (devant le tribunal ou devant un notaire commis). Rôle différent du notaire dans les deux sortes de licitation.	

DEUXIÈME PARTIE

EFFETS DE LA LICITATION.

Différents suivant que l'adjudicataire est un communiste ou un étranger.

CHAPITRE I. — L'adjudicataire est un communiste . . .	79
SECTION I. — Effet déclaratif.	79
L'effet déclaratif se produit-il toujours, ou au contraire est-il nécessaire que l'indivision cesse entre tous les colicitants ? Controverse.	
Peut-on écarter l'effet déclaratif par une convention expresse ou tacite ? Controverse.	
Conséquences de l'effet déclaratif.	
a) Dans les rapports des colicitants entre eux.	
b) Dans les rapports des colicitants avec leurs ayants	

cause. (Chute des droits réels consentis pendant l'indivision. En ce qui concerne l'hypothèque, le droit de préférence ne survit-il pas ? Controverse.)

SECTION II. — *Conséquences autres que l'effet déclaratif* . . 123

- a) Privilège du copartageant.
- b) Pas de résolution de plein droit pour non-paiement du prix.
- c) Rescision pour lésion de plus du quart.

CHAPITRE II. — **L'adjudicataire est un étranger**. . . . 127

Pas d'effet déclaratif. Conséquences. L'acte est considéré comme une vente. Applications. Difficulté pour les hypothèques : dans quelles mesures sont-elles maintenues ? Controverse.

CHAPITRE III. — **Adjudication au profit d'un communiste et d'un étranger** 140

Pas d'effet déclaratif. Effet translatif.

CHAPITRE IV. — **Nullité et rescision de la licitation** . . 142

APPENDICE. — La licitation et la transcription. 147

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
